Das elterliche
Erziehungsrecht
nach dem
Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

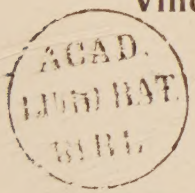
der

Hohen Juristenfakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Vincent Schubert

Referendar a. D.



Berlin 1903.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

Zur Bearbeitung des Themas bin ich vom Herrn Professor Dr. Matthiass angeregt worden. Hierfür, sowie für die wohlwollende Rezension der Arbeit möge Herr Professor Dr. Matthiass meinen ergebensten und herzlichsten Dank entgegennehmen.

Seiner

lieben und teuren Braut

Włodzimira Adamska

gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0044

Literaturverzeichnis.

1. Becher, Die Ausführungsgesetze zum B.G.B. — Sammlung der von den Bundesstaaten zur Ausführung des B.G B. und seiner Nebengesetze erlassenen Gesetze und mit Gesetzeskraft versehenen Verordnungen. München 1901.
2. Burchardi, Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht im Archiv für civ. Praxis, Bd. VIII. Heidelberg 1842.
3. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B. für das Deutsche Reich. 2. Bd. 2. Abt. 3. Aufl. Jena 1901.
4. Dernburg, Pandekten, III. Bd. 5. Aufl. Berlin 1897.
5. Dernburg, Deutsches Familienrecht, 2. Aufl. Halle a. S. 1903.
6. Deutsche Juristen-Zeitung, VIII. Jahrgang, 1903 Nr. 12.
7. Eckard, Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder. Inauguraldissertation. Rostock 1900.
8. Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 3.—5. Aufl. Sachen-Familienrecht. Berlin 1900.
9. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. II. Bd. 2. Aufl. Marburg 1901.
10. Fraenkel, Das Familienrecht des B.G.B. für das Deutsche Reich. Hannover 1898.
11. Fuld, Die elterliche Gewalt und das B.G.B. (Gutachten aus dem Anwaltsstande). Heft 6. Berlin 1888.
12. Geigel, Religiöse Erziehung der Kinder. Puchelts Zeitschrift Bd. 33. Mannheim 1902.
13. Gierke, Der Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Leipzig 1889.
14. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Berlin 1889.
15. Haidlen, Das B.G.B. nebst Einführungsgesetz. III. Bd. Stuttgart 1897.
16. Hallbauer, Das neue Verwandtenrecht des B.G.B. Leipzig 1899.
17. Jakubetzki, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich. München 1892.
18. Klöppel, Das Familien- und Erbrecht des Entwurfes zum B.G.B. (Gruchots Beitr. 33. Bd. Jahrg. 1889).
19. Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem B.G.B. Berlin 1899.
20. Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes. II. Bd. Göttingen 1847.
21. Kruchen, Fälle des Verlustes der väterlichen Gewalt im Gemeinen Rechte und im B.G.B. Leipzig 1901.
22. Kuby, Familienrecht. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder, insbesondere die elterliche Gewalt. 2. Aufl. Kaiserslautern 1900.
23. Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar, 2. Bd. 2. Aufl. Berlin 1903.
24. Lobe, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung. III. Jahrgang, Juli 1902 bis Juni 1903. Leipzig 1903.
25. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd. III. Aufl. Berlin 1900.
26. Mayer, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. I. Bd. 2. und 3. Aufl. Das Familien- und Verwandtschaftsrecht. Stuttgart 1900.

27. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. IV Familienrecht.
28. Münsterberg, Zwangserziehung. (Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, herausgegeben von Karl v. Stengel, 2. Bd.). Freiburg i. B. 1890, und 3. Erg.-Bd., Freiburg i. B. 1893.
29. Neumann, Die Zwangserziehung. (Neumann, Aphoristische Streifzüge.) Berlin 1892.
30. Neumann, Kommentar zum B.G.B. (Handausgabe mit Erläuterungen.) Familienrecht, II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1903.
31. Opet, Das Verwandtschaftsrecht des B.G.B. für das Deutsche Reich. Berlin 1899.
32. Pfaff, Soll an stelle der väterlichen Gewalt eine der Mutter subsidiär zustehende elterliche Gewalt im B.G.B. aufgenommen werden? und mit welchen Modalitäten? Gutachten — Referat und Debatte. (Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages 1888), 2. Bd.
33. Planck, Das B.G.B. nebst Einführungsgesetz, IV. Bd., Familienrecht. 1. und 2. Aufl. Berlin 1901.
34. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des B.G.B. Bd. IV.
35. Puchelt, Zeitschrift für Deutsches Bürgerliches Recht und Französisches Zivilrecht, Bd. 33. Mannheim 1902.
36. v. Roth, System des deutschen Privatrechts, II. Teil. Familienrecht. Tübingen 1881.
37. Sarvey, Ueber das Recht zur Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe, im Archiv für civ. Praxis, Bd. 31. Heidelberg 1848.
38. Scherer, Familienrecht des B.G.B. für das Deutsche Reich. IV. Buch. Erlangen 1900.
39. Scherer, Das Erste Jahr des B.G.B. Erlangen 1901.
40. Scherer, Das Zweite Jahr des B.G.B. Erlangen 1902.
41. Scherer, Das Dritte Jahr des B.G.B. Erlangen 1903.
42. Soergel, Rechtsprechung 1900/01. Stuttgart 1902.
43. Soergel, Rechtsprechung 1902. Stuttgart 1903.
44. Stockar, Ueber den Entzug der väterlichen Gewalt im römischen Recht. Zürich 1902.
45. Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem B.G.B. für das Deutsche Reich, Lieferung 1. Berlin 1900.
46. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Familienrecht 4. Bd. München 1899.
47. Stölzel, Das Recht der väterlichen Gewalt in Preussen. Besonderer Abdruck im Justiz-Ministerialblatt für die preussische Gesetzgebung und Rechtspflege. 36. Jahrgang. Berlin 1874.
48. Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 4. Bd. 3. Aufl. Familienrecht. Berlin 1900.
49. Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichtes zu Kassel, Bd. 4. Kassel 1846.
50. Süssheim, Die Rechtsfolgen ehelosen Verhaltens nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In Grünhuts Zeitschrift 29. Bd. II. Heft. Wien 1902.
51. Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum B.G.B. und Nebengesetzen, 1. Jahrgang. Leipzig 1903.
52. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, III. Bd. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1901.
53. v. Zimmermann, Das Ruhen der elterlichen Gewalt. Rostock 1902.
54. Zródłowski, Codifikationsfragen und Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für d. Dtsch. Reich. Prag, H. Dominicus 1888.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

1. Abschnitt.

Teil I. Umgrenzung der Aufgabe 1
Teil II. Rechtshistorische Entwickelung des Begriffes „elterliche Gewalt“ 5
Teil III. Die elterliche Gewalt des B.G.B. 12

2. Abschnitt.

Das elterliche Erziehungsrecht 18
Teil I. Allgemeine Grundsätze 18
A. Dauer der Erziehung 19
B. Inhalt der Erziehung 21
a) Die Sorge für das körperliche Wohl 22
b) Die Sorge für das geistige Wohl. 23
1. Die allgemeine Bildung 24
2. Die berufliche Vorbildung 26
c) Das Recht der Züchtigung 28
1. Elterliches Zuchtrecht. 28
2. Unterstützung durch das Vormundschaftsgericht. . . 30
d) Aufsichtspflicht der Eltern 32
e) Unzulässigkeit des Verzichts 34
C. Weitere aus dem Erziehungsrechte entspringende Befugnisse 36
a) Beschäftigung des Kindes im Haushalte 37
b) Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes. 41
c) Das Recht auf Herausgabe des Kindes. 43
D. Die Vertretung des Kindes und die Erziehungskosten. . . 50
a) Vertretung des Kindes 50
b) Die Erziehungskosten. 53
Teil II. Aufsichtsrecht des Staates 55
A. Die Verwirkung des Erziehungsrechtes 56
B. Eingreifen des Vormundschaftsgerichts in das elterliche Erziehungsrecht 64
a) Voraussetzungen 64
b) Massregeln des Vormundschaftsgerichts 70
α) Beschränkungen des Erziehungsrechts. 71
β) Die Zwangserziehung 73

Seite

I. Nach dem Reichsrecht:
1. Vorschriften des B.G.B. 74
2. Zwangserziehung auf Grund des St.G.B. . . 78
II. Nach dem Landesrecht 80

3. Abschnitt.

Wem steht das Erziehungsrecht zu?:
Teil I. Bei Lebzeiten beider Ehegatten 82
A. Bei bestehender Ehe. Stellung der Mutter 82
B. Nach Auflösung der Ehe und was dem gleich steht . . . 90
C. Nach tatsächlicher Trennung der Ehegatten 100
Teil II. Nach dem Tode eines Ehegatten:
A. Nach dem Tode der Mutter 103
B. Nach dem Tode des Vaters 104

Anhang.

A. Die Wirkungen der Adoption auf die Erziehungsgewalt . . 108
B. Die Erziehung legitimierter Kinder 110
C. Die Erziehung unehelicher Kinder 111

Einleitung.

Es war ursprünglich die Absicht des Verfassers, auch das Gemeine Recht zur Darstellung zu bringen. Der umfangreiche Stoff rechtfertigt jedoch die Beschränkung auf das B.G.B. Die rechtshistorische Entwickelung des Begriffes „elterliche Gewalt“ aus der römischen *patria potestas* und dem deutschen *mundium* soll besondere Berücksichtigung finden.

---

1. Abschnitt.

Teil I.

Umgrenzung der Aufgabe.

Die Familie wird gebildet durch den Kreis der durch die Ehe oder durch Abstammung voneinander oder von gemeinschaftlichen Vorfahren verbundenen Personen. Das Familienverhältnis ist in erster Linie ein sittliches Verhältnis, „in welchem sich die Gesinnung betätigen soll. Liebe, Wohlwollen, Sorge für die anderen sollen das Familienleben durchdringen; innere Beziehungen sollen bestehen und wirken, welche aber der Staat nicht vorschreiben und der Richter nicht erzwingen kann“.[1]) Dies soll jedoch nicht bedeuten, dass der Staat überhaupt kein Recht hat, in bestehende Familienverhältnisse einzugreifen; die inneren Einrichtungen der Familiengenossenschaft, z. B. die seit altersher in der Familie bestehende Hausordnung, ihre traditionellen Grundsätze usw. werden zwar staatlicherseits nicht angetastet, aber „im Interesse der allgemeinen Wohlfahrt muss die innere Festigung der Familie als eines sozialen Körpers

---

[1]) Stobbe S. 1.

als Gegenstand der staatlichen Fürsorge anerkannt werden".[1]) Der Staat ist also nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, die Familienverhältnisse festen, bestimmten Regeln zu unterwerfen, ein Familienrecht zu schaffen. Dieses charakterisiert sich als der Inbegriff derjenigen Rechtsnormen, welche die auf Grund der ehelichen oder verwandtschaftlichen Verbindung entstehenden Rechte und Pflichten der Familiengenossen ordnen.[2]) Die rechtlichen Wirkungen des Familienrechtes erstrecken sich nach zwei Seiten hin: einerseits betreffen sie die rein persönlichen Beziehungen der Familiengenossen zueinander, andererseits umfassen sie die aus den familienrechtlichen Verbindungen entstehenden vermögensrechtlichen Ansprüche, sie gehören also teils dem Personen-, teils dem Vermögensrechte an. Für unsere Aufgabe kommt — abgesehen von den im Zusammenhange hiermit zu behandelnden Erziehungskosten — nur die persönliche Seite des Familienrechtes in Betracht. Als das wichtigste Rechtsinstitut desselben tritt die Ehe, d. h. die rechtliche Verbindung eines Mannes mit einem Weibe zu umfassender Lebensgemeinschaft[3]) in den Vordergrund. Als natürliche Verbindung zwischen Mann und Weib ist die Ehe in erster Linie zur Erhaltung und Fortpflanzung des menschlichen Geschlechtes bestimmt. Sie bildet die Grundlage der Organisation der bürgerlichen Gesellschaft[4]) und als solche erzeugt sie einen ganzen Kreis von Rechten und Pflichten der Ehegatten zueinander und zu ihren Abkömmlingen.

Eine der Hauptverpflichtungen der Ehegatten besteht darin, ihren Kindern eine ihren Lebensverhältnissen entsprechende Erziehung angedeihen zu lassen, sie zu nützlichen Gliedern der menschlichen Gesellschaft, zu tüchtigen Bürgern heranzubilden. Die Römer führten den Satz, dass die Erziehung der Kinder den Eltern gebühre, auf das *ius naturale*, den Naturtrieb, welchen die Menschen mit den Tieren gemein

---

[1]) Endemann S. 582.
[2]) Endemann S. 581.
[3]) Matthiass S. 228.
[4]) Dernburg, Pandekten Bd. III S. 7.

haben, zurück.[1]) Wenn wir auch zugeben müssen, dass diese Auffassung der Römer den Kern der Sache trifft, so entspricht sie durchaus nicht unserem, die Familie als ein vornehmlich sittliches Verhältnis darstellenden Begriffe; vielmehr erachten wir die Erfüllung der die Erziehung der Kinder betreffenden Aufgabe vorzugsweise als eine sittliche Pflicht der Eltern. Die rechtliche Seite dieser sittlichen Pflicht soll nun im Zusammenhange ihrem ganzen Inhalte und Umfange nach, wie dies im Gesetzbuch begreiflicherweise hat nicht geschehen können, Gegenstand der nachfolgenden Abhandlung sein.

Der Wortlaut des Themas, das „elterliche" Erziehungsrecht, bedarf noch einiger Vorbemerkungen. Unter dem Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern versteht man regelmässig die Beziehungen von Ehegatten zu ihren gemeinschaftlichen Abkömmlingen. Das Kindesverhältnis wird begründet durch eheliche Abstammung, d. h. der natürlichen Tatsache der Zeugung muss ein Rechtsakt, die Eheschliessung der Eltern, vorangegangen sein.[2]) Da also als Kinder im Rechtssinne nur grundsätzlich die ehelichen Kinder anerkannt werden, so erstreckt sich das elterliche Erziehungsrecht in erster Linie nur auf Kinder ehelicher Abstammung. Das uneheliche Kind steht in keiner verwandtschaftlichen Beziehung zu seinem Vater (§ 1589 Abs. 2), es erhält nur die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes im Verhältnisse zu der Mutter und deren Verwandten (§ 1705). Die elterliche Gewalt fällt jedoch der Mutter über ihr uneheliches Kind nicht zu, nur bleibt ihr die Sorge für die Person des Kindes überlassen (§ 1707). Trotzdem auf diese Weise eine erhebliche rechtliche Zurücksetzung des unehelichen Kindes stattfindet, so dürfte die daraus hergeleitete Annahme eines „sittlichen Vorwurfs" dem unehelichen Kinde gegenüber[3]) unbegründet sein: Dem unschuldigen Kinde einen „sittlichen Vorwurf" wegen seiner unehelichen Geburt zu machen, denkt wohl niemand im

[1]) Burchardi S. 162.
[2]) Knitschky S. 1.
[3]) Klöppel S. 346.

Ernst; der Vorwurf, den Klöppel den Motiven IV S. 886 entnehmen zu können glaubt, dürfte höchstens nur die Tatsache der ausserehelichen Zeugung treffen, die mit dem vom Recht sanktionierten, von der Sitte und Moral anerkannten Akt der Eheschliessung keineswegs auf gleiche Stufe gestellt werden darf. Aber auch in dieser Hinsicht hat die Rechtsordnung Abhilfe geschaffen, indem sie der unehelichen Geburt durch gewisse nachfolgenden Rechtshandlungen die Wirkung einer ehelichen verleiht: Das B.G.B. kennt das Institut der Legitimation durch nachfolgende Ehe und durch Ehelichkeitserklärung, wodurch den unehelich geborenen Kindern die rechtliche Stellung ehelicher verschafft wird, und zwar im ersten Fall im vollen Masse, im zweiten allerdings mit gewissen Beschränkungen, deren weiter unten Erwähnung getan werden soll.

Eheliche Geburt und Legitimation begründen eine Blutsverwandtschaft auf dem natürlichen Wege der Zeugung: daneben kann aber die Gesetzgebung auch durch einen Rechtsakt die Verwandtschaft künstlich auf Personen übertragen, die nicht durch Abstammung verbunden sind.[1]) Die Begründung dieser „künstlichen“[2]) Verwandtschaft geschieht durch den Akt der Annahme an Kindes Statt oder der „Kindesannahme“, wie Opet[3]) sich richtiger ausdrückt. Die Annahme an Kindes Statt kann entweder von einem Ehepaare gemeinsam oder von jeder der Ehepaarhälften besonders erfolgen. An beide Arten der Annahme sind, was die rechtliche Stellung der angenommenen Kinder hinsichtlich ihrer Erziehung anbetrifft, verschiedene Wirkungen geknüpft.

Da das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern, wie aus vorstehendem erhellt, auf verschiedene Weise begründet wird, so ist es wesentlich, festzustellen, hinsichtlich welcher Kinder das elterliche Erziehungsrecht zur Anwendung kommt. In bezug auf die rechtliche Stellung kommt der Abstammung der Kinder aus einer gültigen Ehe die Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe

[1]) Spahn S. 1.
[2]) Opet S. 1.
[3]) Opet S. 1 Anm. 4.

und die gemeinschaftliche Annahme an Kindes Statt durch ein Ehepaar gleich. Die nun folgenden, das elterliche Erziehungsrecht regelnden Grundsätze sollen sich daher in erster Linie nur auf diese drei Entstehungsarten beziehen. Da die Wirkungen der Ehelichkeitserklärung und der einseitigen Adoption bezüglich der rechtlichen Stellung der in dieser Weise legitimierten und adoptierten Kinder verschiedenen Beschränkungen unterworfen sind, so kann das hier einschlagende elterliche Erziehungsrecht erst im Anschlusse an die allgemeinen Grundsätze Berücksichtigung finden. Vollständig scheiden aus der Darstellung die unehelichen Kinder aus: Diese stehen nicht unter elterlicher Gewalt, mithin kann von einem elterlichen Erziehungsrechte bezüglich unehelicher Kinder keine Rede sein. Trotzdem bedürfen aber auch solche Kinder einer Erziehung; es soll daher zum Schlusse auch die rechtliche Stellung der unehelichen Mutter hinsichtlich der ihr eingeräumten Erziehungsbefugnisse erwähnt werden.

Teil II.

Rechtshistorische Entwickelung des Begriffs „elterliche Gewalt".

Unter den Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern nimmt die hervorragendste Stellung die elterliche Gewalt ein.

„Das Kind steht, solange es minderjährig ist, unter elterlicher Gewalt" (§ 1626).

„Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen" (§ 1627).

„Die Sorge für die Person des Kindes umfasst das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen . . ." (§ 1631). Das elterliche Erziehungsrecht ist also Ausfluss der elterlichen Gewalt, da es sich auf das Recht und die Pflicht des Vaters, beziehungsweise der Mutter gründet, für die Person des Kindes zu sorgen.

Den Römern war der Begriff der „elterlichen“ Gewalt fremd; sie kannten nur eine „väterliche“ Gewalt, die *patria potestas*, welche auf einer grundverschiedenen Auffassung beruht. Im älteren römischen Recht hatte die *patria potestas* vorwiegend den Charakter eines den Interessen des Hausvaters als Familienhauptes, dienenden Herrschaftsverhältnisses über das Kind.[1]) Dieses Herrschaftsrecht umfasste nicht nur die Kinder des *paterfamilias,* sondern auch seine sämtlichen Deszendenten bis zum entferntesten Grade, sowie die in der *manus* befindliche Ehefrau.[2]) Das Recht des Hausvaters seinen *filii* und *filiaefamilias* gegenüber charakterisierte sich in der unumschränkten Gewalt über dieselben: er durfte seine Gewaltuntergebenen nach Belieben züchtigen, verkaufen, ja sogar töten. Die Hausuntergebenen waren vollkommen vermögensunfähig; was sie erwarben, floss dem Vermögen des *paterfamilias* zu. Dieses Gewaltverhältnis war an keine zeitlichen Grenzen geknüpft, es dauerte bis zum Tode des Vaters. Der väterlichen Gewalt unterstanden also alle Deszendenten ohne Rücksicht darauf, ob sie minderjährig oder volljährig waren. Da die Ehefrau ebenfalls der Gewalt ihres Ehemannes unterworfen war, so hatte sie keinen Anteil an den aus der *patria potestas* entspringenden Befugnissen. Faktisch mögen ihr wohl einzelne Rechte eingeräumt worden sein, z. B. die Erziehung der Kinder — das erforderte schon das natürlich-sittliche Band, das sie mit ihrem Ehemanne und ihren Kindern verknüpfte — einen rechtlichen Anspruch hatte sie aber auch in dieser Hinsicht nicht. Diese Machtbefugnisse des *paterfamilias* finden ihre Erklärung in dem Entwicklungsgange des römischen Staatswesens. Die Römer gingen nämlich von dem richtigen Satze aus, dass das Wohl und Gedeihen des Staates von einer möglichst strammen Familienorganisation als der Grundlage des Staates, abhänge.[3]) Es wurde daher dem *paterfamilias* als dem Familienhaupte ein unumschränktes Herrschaftsrecht über seine Gewaltuntergebenen eingeräumt. Wie dieser

[1]) **Fraenkel S. 123.**

[2]) **Enneccerus-Lehmann S. 526.**

[3]) **Kruchen S. 3.**

Grundsatz sich bewährt hatte, weist die Geschichte nach. Aufgebaut auf einer peinlich strammen Familienorganisation, wuchs der römische Staat bald zur Macht und Blüte heran. Nunmehr war der Zweck erreicht. Zusammen mit der staatlichen Entwickelung des römischen Reiches, vollzog sich auch der Werdegang der Zivilisation und Kultur. Es machten sich andere Bedürfnisse geltend; das starre Festhalten an den althergebrachten Formeln entsprach nicht mehr dem Zeitgeist, vor allen Dingen aber war dieser Zustand mit dem verfeinerten moralischen Bewusstsein des römischen Volkes nicht mehr vereinbar. Hieraus lässt es sich erklären, dass auch die zum Teil sehr harten und grausamen Grundsätze über die *patria potestas* im Laufe der Zeit eine durchaus berechtigte Abschwächung erfuhren, bis endlich unter Alexander Severus die *patria potestas* auf ein freilich immer noch sehr ausgedehntes Züchtigungsrecht herabgesunken war.[1]) Im justinianischen Recht ist die Gewalt über die Person des Kindes auf das Erziehungsrecht beschränkt.[2]) Auf diese Weise ist die ursprüngliche, alle Rechtsfähigkeit des Kindes absorbierende Gewalt des *paterfamilias* auf das natürliche Mass der Erziehungs- und Disziplinargewalt zurückgeführt worden.[3])

Auch das ältere deutsche Recht mag wohl ein der römischen *patria potestas* ähnliches Institut besessen haben, das *mundium*.[4]) Beiden Instituten, der *patria potestas* und dem *mundium*, war die gleiche Befugnis, das Tötungs- und Verkaufsrecht, gemein.[5]) Allerdings reicht diese rohe Rechtsauffassung, welche übrigens nur einzelne Völkerschaften, z. B. die Friesen, teilten,[6]) in die ältesten Zeiten zurück; in dem deutschen Rechtsbewusstsein konnten sie sonst keine festen Wurzeln fassen. So treten schon früh in den An-

---

[1]) Burchardi S. 163.

[2]) Matthiass S. 337.

[3]) Fraenkel S. 123; Burchardi S. 176; Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 240.

[4]) Vgl. darüber Pfaff S. 200 ff.

[5]) Stölzel § 6.

[6]) Kraut S. 602.

schauungen beider Völker zwei erhebliche Verschiedenheiten hervor. Während nach römischer Auffassung die *patria potestas* des Gewalthabers bis an dessen Lebensende dauerte, abgesehen von den Fällen, wo der *paterfamilias* sich freiwillig seiner Rechte bezüglich des Kindes begeben hatte, etwa durch *datio in adoptionem* oder durch Emanzipation, oder wo er unfreiwillig seine Gewalt zur Strafe für Verkuppelung seiner Tochter oder wegen Eingehung einer blutschänderischen Ehe eingebüsst hatte, — war nach deutschem Rechte das Gewaltverhältnis zeitlich beschränkt, obwohl auch das deutsche Recht seinem fest und eng geschlossenen Familienverbande, der Sippe, keine geringere Bedeutung beigelegt hatte. Schon früh kam nämlich der Rechtssatz zur Geltung, dass der Sohn durch Erreichung der Volljährigkeit oder durch Begründung einer eigenen Wirtschaft, die Tochter durch ihre Verheiratung von dem väterlichen *mundium* frei werde — *emancipatio germanica* —. Hierin charakterisiert sich die grosse Verschiedenheit zwischen der römischen *patria potestas* und dem deutschen *mundium*, der väterlichen Gewalt, die beiderseits auf einer entgegengesetzten Auffassung ihres Wesens beruht. Wie schon oben erwähnt, bedeutete die römische *patria potestas* ein unumschränktes Herrschaftsrecht über die Gewaltuntergebenen. Das deutsche Recht[1]) basierte dagegen auf einem anderen Ausgangspunkte: nicht die Interessen des Hausvaters, sondern die des Kindes traten hier in den Vordergrund. Vor allen Dingen ist es hier die Unselbständigkeit und Schutzbedürftigkeit des unmündigen Kindes, welche eine Fürsorge für das Kind unentbehrlich machen. Das deutsche Recht ging aber noch weiter: es gewährte auch der Mutter eine der väterlichen entsprechende Gewalt über die wirtschaftlich unselbständigen Kinder.[2]) Diese „mütterliche“ Gewalt schloss jedoch nicht die gleichen Befugnisse, wie sie dem

[1]) Es ist hier die Rede von dem entwickelteren deutschen Recht. Obwohl das Tötungs- und Verkaufsrecht sich auch in einigen germanischen Urrechten vorfand, hatte die rohe römische Rechtsauffassung nie das Rechtsbewusstsein des deutschen Volkes zu beherrschen vermocht. Vgl. S. 7.

[2]) Burchardi S. 163 zu Anm. 6.

Ehemanne zustanden, in sich, denn sie trat erst nach dem Tode des Vaters in Wirksamkeit; immerhin waren die der Mutter eingeräumten Rechte von grosser Bedeutung für die weitere Entwickelung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Es muss jedoch auch hier bemerkt werden, dass nicht überall das die Mutter berücksichtigende Prinzip zur Herrschaft gelangt war. Die deutschen Lande zerfielen in eine Menge kleiner Rechtsgebiete, jeder Volksstamm hatte sein eigenes Recht. So erklärt es sich, dass manche Volksrechte nach dem Vorversterben des Ehemannes der Mutter ausgedehnte Befugnisse hinsichtlich der gewaltuntergebenen Kinder einräumten, andere dagegen die väterliche Gewalt nicht auf die Mutter übertrugen. Das Mittelalter hat in dieser Hinsicht den Entwickelungsgang gar nicht oder nur in sehr geringem Masse gefördert. Einzelne Rechte[1]) billigen zwar der Mutter noch zu Lebzeiten des Ehemannes verschiedene Befugnisse zu, welche sie aber nur in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne ausüben durfte. Diesen, wenn auch nur sehr geringen Fortschritt, brachte die Rezeption des römischen Rechts entschieden zum Stillstand. In denjenigen Rechtsgebieten, wo bis dahin nur die väterliche Gewalt anerkannt wurde, fanden die römischen Rechtssätze über die *patria potestas* ohne weiteres Eingang; wo dagegen die Mutter in ihrer rechtlichen Stellung den Kindern gegenüber günstiger gestellt war, brachte die Rezeption eine Reaktion mit sich, welche nicht selten mit der Beseitigung der der Mutter eingeräumten Befugnisse endigte, oder doch wenigstens die Steigerung der mütterlichen Rechte für längere Zeit lahm legte.[2])

Im Gemeinen Rechte ist zwar der Standpunkt des römischen Rechts über die *patria potestas* vollkommen überwunden, aber auch hier hat die Mutter die ihr gebührende Stellung noch nicht zu gewinnen vermocht. Das Erziehungsrecht z. B. liegt, abgesehen von den Fällen, wo der Ehemann dasselbe infolge der Scheidung der Ehe eingebüsst oder sonst auf andere Weise verwirkt hatte, ganz in den

[1]) Motive IV S. 733.

[2]) Opet S. 177.

Händen des Vaters,[1]) er allein leitet die Erziehung, er allein hat Anspruch auf Herausgabe des Kindes usw. Die Mutter ist nur darauf beschränkt, dem Vater unterstützend zur Seite zu stehen, sie mag wohl auch faktisch einen nicht zu unterschätzenden Einfluss bei der Erziehung ihrer Kinder geübt haben, gesetzlich hat sie aber weder nach römischem noch nach Gemeinem Recht einen Anspruch darauf.[2]) Erst nach dem Tode des Vaters erlangt die Mutter einen gewissen Anteil an dem Erziehungsrechte; aber auch insoweit ist sie mehr oder weniger unselbständig gestellt. Die Befugnisse der väterlichen Gewalt, also auch das Erziehungsrecht, gehen nämlich nach dem Tode des Vaters nicht ohne weiteres auf die Mutter, sondern auf die staatlicherseits bestellten Organe der Vormundschaft über. Als Vormund kann aber auch die Mutter berufen und bestellt werden. In diesem Falle erhält die Mutter ein unumschränktes Erziehungsrecht; wird sie dagegen nicht zum Vormund bestellt, so hat sie nur einen Anspruch darauf, dass ihr die Ausübung der Erziehung zunächst übertragen werde,[3]) dem Vormund wird aber stets hierbei ein gewisses Aufsichtsrecht verliehen. Die Mutter hat demnach so gut wie gar keinen Anteil an der väterlichen Gewalt; was sie besitzt, erlangt sie nicht kraft eigenen Rechtes, sondern auf Grund staatlicher Uebertragung durch die Obervormundschaft. Diese Grundsätze gelten durchweg gemeinrechtlich. Daneben kam aber, namentlich im Laufe des vorletzten Jahrhunderts, eine Reihe von Partikulargesetzen auf, welche, gestützt auf die sich immer mehr Bahn brechenden, die privatliche Gleichstellung der Geschlechter erstrebenden Tendenzen, die der Mutter bis dahin nur in bescheidenen Grenzen eingeräumten Befugnisse bedeutend erweiterten.[4]) Es bildete sich in einigen Rechtsgebieten eine der väterlichen analoge „mütterliche“ Gewalt aus, welche folgende[5]) Grundsätze befolgte: Bei Lebzeiten

---

[1]) Burchardi S. 163.

[2]) Burchardi S. 163 zu Anm. 6.

[3]) Motive IV S. 733..

[4]) Opet S. 178.

[5]) Vgl. darüber Roth § 169.

beider Ehegatten steht zwar die elterliche Gewalt beiden Elternteilen zu, die Ausübung derselben bleibt jedoch dem Vater vorbehalten. Bei dauernder Verhinderung des Vaters tritt die Mutter an dessen Stelle und erlangt nunmehr die Summe aller ihm bisher zustehenden Rechte. Ebenso konzentriert sich nach dem Ableben des Vaters die elterliche Gewalt in der Mutter, und zwar ohne jede Beschränkung. Sind minderjährige Kinder vorhanden, so wird für diese kein besonderer Vormund bestellt,[1]) da die Mutter aus eigenem Rechte in die Stellung des Vaters tritt. Sie leitet insbesondere ohne irgend welche Aufsicht seitens der Obervormundschaft selbständig die Erziehung der Kinder, verwaltet deren Vermögen und bezieht den *usus fructus* aus demselben. Im Falle der Wiederverheiratung — *mater binuba* — verliert jedoch die Mutter nach den meisten Statuten die ihr kraft der elterlichen Gewalt zustehenden Rechte. Diese Grundsätze werden in folgenden Rechtsgebieten anerkannt:

I. Bayern, und zwar in Kaufbeuren, Nördlingen, Oettingen, Ansbach, Eichstädt, Hohenlohe, Pappenheim, Dinkelsbühl, Rothenburg, Weissenburg, Windsheim, Bamberg, Thurnau, Würzburg, Schweinfurt, Castell, Fulda.
II. Hessendarmstadt, und zwar in den Statuten von Erbach, St. Wimpfen und Fulda.
III. Sachsen-Weimar.
IV. Sachsen-Coburg.
V. Reuss, Aeltere Linie.
VI. Lippe-Detmold.
VII. Hamburg.
VIII. Bremen.
IX. Rechtsgebiet des *Code civil* und
X. Des badischen Landrechts.[2])

Vor allen Dingen war es der *Code civil,* welcher zuerst mit dem alten römischen ins Gemeine Recht übernommenen

---

[1]) Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 241.
[2]) Roth S. 360, 361.

Grundsatze brach und den Entwickelungsgang der der Mutter bisher vorenthaltenen Rechte auf neue Bahnen lenkte. Wenn es trotzdem in der Ueberschrift des I. Buches 9. Titels heisst »*de la puissance paternelle*«,[1]) so mag dies wohl lediglich auf irgend einem Irrtum beruhen, denn der Inhalt entspricht durchaus nicht der Ueberschrift.

Abgesehen von den oben angeführten Rechtsgebieten behielten die übrigen Gesetzgebungen, namentlich das preussische Landrecht, das sächsische und österreichische Recht, durchaus den alten Standpunkt bezüglich der „väterlichen" Gewalt.[2]).

Das B.G.B. hat die privatrechtliche Gleichstellung der Geschlechter in Vergleich zu dem bisher geltenden Rechte in vielen Punkten erweitert, vor allen Dingen hat es aber die schon im römischen Recht beginnende, sodann im Gemeinen Rechte und in den neueren Gesetzgebungen sich weiter vollziehende Umgestaltung des Wesens der *patria potestas* folgerichtig zu Ende geführt. Die noch im Gemeinen Recht und in einzelnen Partikulargesetzgebungen vorhandenen Spuren der alten *patria potestas* sind nun vollständig verschwunden, an Stelle der „väterlichen" ist die „elterliche" Gewalt getreten.

Ob aber mit dem Institute der elterlichen Gewalt das B.G.B. der Entwickelung der mütterlichen Rechte einen endgültigen Abschluss gegeben hat, ob der lange angestrebten Gleichberechtigung der Geschlechter damit in vollem Masse entsprochen ist, wollen wir dahingestellt sein lassen; immerhin dürfte die Lösung dieser Frage, wie sie im B.G.B. vorliegt, eine befriedigende sein, dürfte die Stellung der Frau im Verhältnis zu den bis dahin ihr eingeräumten Befugnisse eine bedeutend günstigere sein.

Teil III.

Die elterliche Gewalt des B.G.B.

Das B.G.B. hat auf dem Gebiete des Privatrechts die volle Geschäftsfähigkeit der Frauen anerkannt; folgerichtig

[1]) Stölzel S. 187.

[2]) Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 241.

durfte es auch auf dem Gebiete des Familienrechts, wo die Frau aus natürlich-sittlichen Gründen zum Handeln bestimmt ist, ihr die Möglichkeit hierzu nicht versagen, vielmehr musste es Mittel und Wege bieten, um ihrer Tätigkeit rechtliche Autorität zu verschaffen.[1]) Das B.G.B. hat daher in Ansehung des Gewaltverhältnisses über die Kinder die Mutter dem Vater grundsätzlich rechtlich gleichgestellt. Die elterliche Gewalt steht ihrem Wesen nach beiden Eltern gemeinsam zu.[2]) Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob die „elterliche" Gewalt ein gemeinschaftliches Elternrecht bildete, denn diese elterliche Gewalt wird während des Bestehens der Ehe keineswegs von beiden Ehegatten in gleichem Masse ausgeübt, vielmehr macht sich das Uebergewicht des Mannes über die Frau im ehelichen Verhältnisse auch in dem Rechtsverhältnisse der Eltern zu den Kindern insoweit geltend, als bei Lebzeiten des Mannes das Recht der Mutter zurücktreten muss.[3]) Mit Recht verwirft daher Gierke[4]) den „geschlechtslosen" vom Gesetzbuch gewählten Ausdruck „Inhaber der elterlichen Gewalt" als unpassend und das Wesen der Sache nicht treffend. Es sei unbegreiflich, warum das Gesetzbuch die geläufigen und volkstümlichen Ausdrücke „Vater" und „Mutter" geradezu vermeide. — Auch wir sind der Ansicht, dass die Ausdrucksweise „Inhaber der elterlichen Gewalt" wenig klar und für den Nichtjuristen geradezu unverständlich ist; wir wollen jedoch diese Bezeichnung beibehalten, da sie einmal im Gesetzbuche festgestellt und aufgenommen ist. Wie oben erwähnt, steht die elterliche Gewalt nicht beiden Ehegatten gleichzeitig, sondern zunächst dem Vater zu; bei Lebzeiten des Vaters kommt die elterliche Gewalt der Mutter nur insofern zur Geltung, als sie neben dem Vater das Recht und die Pflicht hat, für die Person des Kindes zu sorgen, ohne jedoch berechtigt zu sein, das Kind in der seine Person betreffenden Angelegenheiten zu vertreten (§ 1634). Die elterliche Gewalt erstreckt sich auf alle minderjährigen unverheirateten

---

[1]) Haidler S. 440.
[2]) Staudinger S. 409.
[3]) Spahn S. 79.
[4]) Gierke, „Der Entwurf . . .", S. 34, 461.

und verheirateten Kinder — auf die letzteren mit den weiter unten zu erwähnenden Modalitäten — und umfasst das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen (§§ 1626, 1627). Da für die vorliegende Abhandlung nur die Sorge für die Person des Kindes in Betracht kommt, wollen wir bei der Darstellung der diesbezüglichen elterlichen Gewaltbefugnisse die Regelung der vermögensrechtlichen Seite ausser Acht lassen und uns nur auf die Darlegung der die Person gewaltuntergebener Kinder betreffenden Grundsätze beschränken.

Die Verschiedenheit der sittlichen Anschauungen des deutschen und römischen Volkes tritt auf keinem Gebiete des bürgerlichen Rechts so deutlich zu Tage, als gerade bei der Regelung des Eltern- und Kindesverhältnisses. Nach römischem Rechte gewährte die *patria potestas* dem Vater grundsätzlich nur Rechte[1]) ohne gleichzeitig Pflichten zu erzeugen. Die Alimentationspflicht folgt nicht aus der *patria potestas* als solcher, sondern dieselbe schuldet der Vater in seiner Eigenschaft als Erzeuger, und deshalb auch den aus der *patria potestas* ausgeschiedenen Kindern.[2]) Auch die Erziehungspflicht beruht nicht auf staatlichem Zwange, so dass man zur Erfüllung derselben rechtlich angehalten werden könnte, sondern auf rein natürlich-sittlichen Gesetzen. Demgegenüber erzeugt die elterliche Gewalt des B.G.B., deren Entstehung auf rein deutschen Anschauungen von der Schutzbedürftigkeit unmündiger Kinder beruht, für denjenigen, dem sie zusteht, sowohl Rechte als auch Pflichten. Das Gewaltverhältnis des *paterfamilias* endigte gewöhnlich erst mit dessen oder des Kindes Tode; die elterliche Gewalt dagegen umfasst nur die Zeit der Minderjährigkeit des Kindes, also bis zum vollendeten 21. Lebensjahre. Auch von dem Gemeinen Recht unterscheidet sich das B.G.B. in dieser Hinsicht. Als Beendigungsgrund gilt dort die Begründung eines eigenen Haushaltes durch den Sohn oder die Verheiratung der Tochter.[3]) Nach dem B.G.B. verbleibt auch der wirtschaftlich selbständige Sohn bis zur Erreichung der Volljährigkeit unter elterlicher

[1]) Knitschky S. 133; Stockar S. 8. [2]) Opet S. 175.
[3]) Windscheid S. 103.

Gewalt; ebensowenig geht bei der verheirateten Tochter die elterliche Gewalt auf deren Ehemann über. Dieser bekommt nur einige Befugnisse bezüglich der Vermögensverwaltung seiner minderjährigen Frau, auf die wir hier nicht näher eingehen wollen.

Mit den Neuerungen des B.G.B. scheint sich Gierke[1]) nicht einverstanden erklären zu wollen. Er verlangt, dass man „mit den drei grossen germanischen Rechtsgedanken des ehemännlichen Mundiums, der eheweiblichen Schlüsselgewalt und der ehelichen gesamten Hand nicht brechen solle . . . . Das Eltern- und Kindesrecht solle sich auf die Einheit und Gemeinschaft des Hauses gründen und den innigsten Verband nicht lockern, sondern stärken . . . . Eine kräftige elterliche Gewalt als gemeinschaftliches Elternrecht, mit der Lösung der Hausgemeinschaft, aber nicht vor ihr endend, das müsse der unantastbare Kern des deutschen Familienrechts bleiben oder von neuem werden". Gegen diese Ausführungen liesse sich wohl aus theoretischen Gründen nichts anführen, dennoch stossen sie im praktischen Leben auf zahlreiche Schwierigkeiten und erhebliche Bedenken. Demgemäss finden sie auch nirgends Beifall, im Gegenteil, es erheben sich überall Stimmen, welche die Beendigung der elterlichen Gewalt mit erreichter Volljährigkeit mit aufrichtiger Freude begrüssen, z. B. Pfaff.[2]) „Man könne es nicht für verträglich mit dem Wesen der Familiengewalt erachten, wenn deren Aufhebung von der reinen Willkür des ihr Unterworfenen abhängig sei, wie das dann allerdings der Fall sei, wenn die Gewalt noch über die Volljährigkeit hinausdauere, der volljährige Sohn sich aber durch Begründung eines eigenen Haushaltes eigenmächtig emanzipieren könne, der Vater ihm die Genehmigung dazu normalerweise nicht verweigern könne". Das B.G.B., welches in dieser Hinsicht den gemeinrechtlichen Boden ganz verlassen hat, geht von dem Standpunkte aus, dass in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Grund für die elterliche Gewalt, die Schutzbedürftigkeit

[1]) Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 37; vgl. auch Gierke, Entwurf S. 475, 476.

[2]) Pfaff S. 219.

des Kindes, mit der Volljährigkeit desselben weggefallen sei.[1]) Die elterliche Gewalt ist zu dem Zwecke den Eltern gegeben, die Kinder zur Selbständigkeit zu erziehen.[2]) Für die Erreichung dieses Zweckes ist ein normaler Zeitraum von 21 Jahren gesetzt. Bis zu diesem Zeitpunkte sind die Eltern sehr wolfl imstande, ihren Kindern eine entsprechende Vorbereitung für ihre künftige Lebensstellung angedeihen zu lassen. Die elterliche Gewalt ist ja ein den Interessen des Kindes dienendes Schutzverhältnis, welches mit der Erreichung ihres Zweckes, der erlangten Reife des Kindes, ihr Ende finden soll. Sollten aber die Voraussetzungen einer genügenden Reife schon vor Erreichung der normalen Volljährigkeitsgrenze gegeben sein, sollte das Kind schon vorher fähig sein, eine selbständige Lebensstellung einzunehmen, in welcher es die Banden der elterlichen Gewalt vielleicht störend beeinträchtigen könnten, so tritt das Gesetz nicht hindernd dazwischen, es eröffnet vielmehr den Gewaltuntergebenen die Möglichkeit, auf dem Wege der Volljährigkeitserklärung die Rechte und Befugnisse eines Volljährigen zu erlangen. — Dies dürfte namentlich bei den minderjährigen Töchtern, die eine Ehe einzugehen im Begriffe sind, öfters der Fall sein. Für die Beibehaltung des früheren Zustandes bezüglich der verheirateten minderjährigen Töchter, welche im Gegensatz zum Gemeinen Recht durch ihre Verheiratung nicht aus der elterlichen Gewalt scheiden, tritt namentlich Fuld[3]) mit ausführlicher Begründung ein, auf die wir hier nicht näher eingehen wollen. Wir wollen uns nur mit der Verweisung auf seine Ausführungen, denen wir im Ergebnis aus den oben angeführten Gründen nicht beitreten können, begnügen. Der Standpunkt des B.G.B. ist durchaus angemessen, er trägt den derzeitigen sozialen Verhältnissen in jeder Hinsicht Rechnung, so dass kein Grund vorliegt, für die Wiedereinführung der alten *emancipatio germanica* eine Lanze zu brechen.

Die elterliche Gewalt des B.G.B. leitet in Uebereinstimmung mit dem deutschen Recht aus der natürlichen

---

[1]) Prot. IV S. 546.

[2]) Jakubetzky S. 312.

[3]) Vgl. hierüber Fuld S. 224, 440—443.

Unselbständigkeit des Kindes ihre Berechtigung ab. Ihre Befugnisse kommen im wesentlichen denen des Vormundes gleich. Der Gedanke der Vormundschaft des *Parens* über sein Kind spricht sich vor allem darin aus, dass der Gewalthaber „gesetzlicher Vertreter" seines Kindes ist.[1]) Deswegen darf man aber die elterliche Gewalt nicht mit der Vormundschaft identifizieren, wie dies z. B. Kraut[2]) tut. Die Vormundschaft ist nur Ausfluss der staatlichen Fürsorgepflicht, sie tritt nur in Ermangelung einer elterlichen Gewalt in Kraft: diese stellt sich dagegen als der rechtliche Ausdruck eines natürlichen und sittlichen Verhältnisses dar und ist auf gegenseitiger Liebe und gegenseitigem Vertrauen begründet.[3]) Demgemäss ist der Vater bezw. die Mutter wesentlich freier gestellt als der Vormund. Die aus der elterlichen Gewalt entspringenden Befugnisse stehen dem Inhaber derselben kraft eigenen Rechtes zu, der Vormund erlangt sie erst auf Grund staatlicher Uebertragung. Der Gewalthaber unterliegt nicht wie der Vormund einer ständigen Aufsicht des Vormundschaftsgerichts,[4]) ihm wird kein Gegenvormund beigegeben; vor allen Dingen aber ist die Stellung des Vormundes nicht mit Vorrechten und Vorteilen verknüpft, der Vater dagegen hat das Recht der Nutzniessung an dem nichtfreien Vermögen des Kindes. Man darf also das der Rechtstellung des Vaters bezw. der Mutter dem Kinde gegenüber zugrunde liegende Schutzverhältnis nicht als Vormundschaft bezeichnen, wohl darf man aber sagen, dass die elterliche Gewalt einen vormundschaftlichen Charakter, eine vormundschaftliche Grundlage habe.[5]) Dies genügt zwar für die formale Definition ihres Inhalts, ihr Wesen und ihr Zweck ist aber damit keineswegs gründlich genug erfasst. Man könnte wohl geneigt sein, in der Vertretungspflicht des natürlich unselbständigen Kindes den charakteristischen Inhalt der elterlichen Gewalt zu erblicken,[6]) doch auch damit ist

---

[1]) Dernburg, Deutsches Familienrecht, S. 240.
[2]) Kraut S. 586 ff.
[3]) Planck S. 378.
[4]) Laue in Lobes Zentralblatt S. 238.
[5]) Matthiass S. 337. [6]) Pfaff S. 204.

der Zweck dieses Institutes noch nicht erschöpft. Das geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte minderjährige Kind soll während der Dauer seiner Minderjährigkeit eine genügende Vorbereitung erhalten, um künftighin selbständig seine Interessen vertreten zu können, um seiner Lebensaufgabe gewachsen zu sein. Dieser Zweck kann aber nur durch eine entsprechende Erziehung erreicht werden.[1]) Das Wesen der elterlichen Gewalt charakterisiert sich also als ein von der Natur und von der bürgerlichen Gesellschaft zum Wohle des Kindes selbst und der Allgemeinheit in die Hand des Gewalthabers gelegtes Erziehungsverhältnis.[2]) Mit Recht sagt daher Opet:[3]) „Eine Gewalt stehe den Eltern bezw. dem Vormund nicht auf Grund ihrer vertretenden Tätigkeit zu, sondern kraft ihres Erziehungsrechtes, das ihnen den Willen des Minderjährigen, soweit der Erziehungszweck es erfordere, unterordne".

Hiermit glauben wir einen genügenden Ueberblick über die die elterliche Gewalt betreffenden Grundsätze, soweit es unsere Aufgabe erfordert, gegeben zu haben. Unsere Aufgabe soll sich nun auf eine übersichtliche Darstellung derjenigen Normen, die für das elterliche Erziehungsrecht massgebend sind, erstrecken.

---

2. Abschnitt.

Das elterliche Erziehungsrecht.

Teil I.

Allgemeine Grundsätze.

Wie schon erwähnt, umfasst die elterliche Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen (§ 1627). Eine der wichtigsten Sorgen für die Person des Kindes in tatsächlicher Hinsicht ist die Sorge

[1]) Opet S. 173, 174.
[2]) Burchardi S. 176; Pfaff S. 205; Sarvey XXXI. S. 447.
[3]) Opet S. 174.

für die Erziehung desselben. Während das Gemeine Recht die Erziehungsgewalt nicht als Ausfluss der väterlichen Gewalt, sondern als ein davon unabhängiges, daneben bestehendes, selbständiges Elternrecht behandelte,[1]) ist nach dem B.G.B. das Erziehungsrecht nicht nur Ausfluss und Bestandteil der elterlichen Gewalt, sondern die elterliche Gewalt leitet sogar selber aus dem Erziehungsrechte und der Erziehungspflicht ihre innere Berechtigung ab. (Vgl. Ende des 1. Abschnittes.)

A. Dauer der Erziehung.

Die Recht- und Pflichtseiten der Erziehungsgewalt machen sich natürlich in den ersten Lebensjahren des Kindes in weit höherem Masse geltend als in den späteren, etwa gegen das Ende der Dauer der elterlichen Gewalt.[2]) Daraus, dass das Erziehungsrecht Ausfluss der elterlichen Gewalt ist, folgt, dass es bis zur Beendigung derselben, also bis zum vollendeten 21. Lebensjahre formell dauern muss. Eine darüber hinausreichende Ausübung des Rechtes würde sich als Missbrauch der elterlichen Befugnisse im Sinne des § 1666 darstellen und deswegen ein entsprechendes Einschreiten des Vormundschaftsgerichts zur Folge haben müssen.[3])

Da die Erziehungsgewalt hauptsächlich im Interesse des Kindes selbst den Eltern in die Hand gelegt ist, so folgt ferner daraus, dass sie nur so lange ausgeübt werden darf, als im Interesse des Kindes ein Bedürfnis hierzu vorhanden ist.[4]) Daher dürfen die Eltern das ihnen zustehende Recht auf Verwendung der Arbeitskraft des Kindes nur so lange für sich in Anspruch nehmen, als der Zweck der Erziehung es erfordert. Ein Handwerker darf wohl in den ersten Jahren seinen Sohn im Haushalte oder Gewerbe zu Arbeitszwecken oder Hilfeleistungen verwenden; sobald aber der Sohn den Knabenjahren entwachsen ist und vielleicht schon die höheren Klassen des Gymnasiums besucht, würde eine derartige Be-

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. III S. 72; Staudinger S. 418; anders freilich Sarvey XXXI. S. 447.

[2]) Knitschky S. 149.

[3]) Neumann, Kommentar S. 224.

[4]) Planck, Anm. f zu § 1631; Scherer, Das zweite Jahr S. 239 Nr. 1046.

schäftigung auf den Fortschritt in seinen Studien höchst störend einwirken. In dieser Hinsicht, d. h. soweit es auf die Verwendung der Arbeitskraft des Kindes ankommt, muss unter Umständen die Erziehungsgewalt des Vaters noch vor erreichter Volljährigkeit des Sohnes ihr Ende finden. Noch weiter gilt diese Beschränkung den Töchtern gegenüber. Das B.G.B. hat den gemeinrechtlichen Satz „Heirat macht mündig" nicht aufgenommen. Trotzdem ist ein Bruchstück dieses alten Grundsatzes auf das Erziehungsrecht übergegangen. Durch die Verheiratung der minderjährigen Tochter geht der bisherige Gewalthaber seiner elterlichen Gewalt an und für sich nicht verlustig, nur einen Bestandteil derselben muss er zugunsten des Ehemannes der Tochter abtreten, nämlich das Erziehungsrecht; seine Sorge in persönlicher Hinsicht beschränkt sich nur auf die Vertretung der Tochter in den ihre Person betreffenden Angelegenheiten (§ 1633). Soweit die Tochter noch einer Erziehung bedürftig ist, fällt diese dem Ehemanne zu. In den meisten Fällen wird wohl davon keine Rede sein, immerhin ist der Standpunkt, den das B.G.B. in dieser Hinsicht einnimmt, durchaus zu billigen. Das auf innigster Lebensgemeinschaft beruhende Verhältnis zwischen Mann und Frau bringt es mit sich, dass dem Manne als dem Oberhaupt das Entscheidungsrecht in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten überlassen werde (§ 1354). Jeder Einfluss dritter Personen soll tunlichst vermieden werden,[1]) insbesondere muss aber den Konflikten, die sich zwischen dem Vater und dem Ehemann der gewaltunterworfenen Tochter in Ansehung ihrer Rechte erheben könnten, vorgebeugt werden. Zu solchen Konflikten könnte der Vater leicht Veranlassung geben, wenn er in Ausübung seines Erziehungsrechtes Massnahmen träfe, die mit den vom Manne in Führung seines Hauswesens gegebenen Anordnungen nicht im Einklange ständen.[2]) Mit Recht gilt also die Verheiratung einer minderjährigen Tochter als Beendigungsgrund für das elterliche Erziehungsrecht. Wird aber die Ehe der Tochter während deren Minderjährigkeit wieder aufgelöst,

[1]) Motive IV S. 759.

[2]) Opet S. 191.

sei es durch Tod, sei es durch Scheidung, oder wird sie für nichtig erklärt, so lebt das Erziehungsrecht des Vaters im vollen Umfange wieder auf.[1]) Dies ist jedoch nur eine Rechtskonsequenz, die für das praktische Leben wohl in den seltensten Fällen Anwendung finden dürfte.

Es braucht wohl nicht besonders erwähnt zu werden, dass hinsichtlich der unverheirateten Töchter das elterliche Erziehungsrecht ebenso wie bei Söhnen bis zur erreichten Volljährigkeit dauert; andererseits muss es aber betont werden, dass der oben behandelte Fall hinsichtlich der Söhne gar nicht zur Anwendung kommen kann, da die Söhne erst mit der Volljährigkeit oder Volljährigkeitserklärung die Ehemündigkeit erlangen (§ 1303), mithin während der normalen Dauer der elterlichen Gewalt dem elterlichen Erziehungsrechte unterstehen müssen.

B. Inhalt des Erziehungsrechtes.

Da das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, ebenso wie dasjenige zwischen den Ehegatten selbst, auf rein natürlich-sittlicher Grundlage beruht, die in gegenseitiger Liebe und gegenseitigem Vertrauen ihre Stütze findet, diese dem Menschen innewohnenden innigsten Gefühle aber einem bestimmten Massstabe staatlichen Zwanges nicht unterliegen, so lässt sich auch der Pflichtenkreis der Eltern hinsichtlich der Erziehung ihrer Kinder nicht schablonenhaft bestimmen, entscheidend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls und die Regeln der Sitte.[2]) Die Kinder des armen Tagelöhners können selbstverständlich nicht dieselbe Erziehung beanspruchen, wie die des reichen Bankiers. Dass aber die Erziehung sich in entsprechenden, von der Sitte und Moral gesetzten Grenzen bewege und vollziehe, darüber hat der Staat, dem es doch auf taugliche und tüchtige Bürger ankommen muss, zu wachen und nötigenfalls einzuschreiten, wenn die allgemeinen Erfordernisse einer gedeihlichen Erziehung gröblich verletzt werden. Der allgemeine Inhalt des Erziehungsrechts wird daher von den Motiven[3]) zutreffend dahin umschrieben, dass sie das Recht und die Pflicht umfassen solle, in einer dem

---

[1]) Planck S. 390. [2]) Cosack S. 536. [3]) Motive IV S. 750.

Interesse, den Fähigkeiten und Anlagen, sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche, geistige und insbesondere auch sittliche Ausbildung des Kindes zu sorgen, dasselbe zu einem bestimmten Lebensberufe fähig zu machen und zur Erreichung dieser Ziele überhaupt die Handlungen des Kindes zu leiten.

Die Recht- und Pflichtseiten des Erziehungsrechts lassen sich nicht ganz genau voneinander trennen, da meistens dem Recht die Pflicht korrespondierend zur Seite steht. Es soll daher unter besonderer Hervorhebung der Pflichten der Eltern beides gemeinsam behandelt werden.

Wie oben erwähnt, umfasst das Erziehungsrecht zunächst das Recht und die Pflicht, für das körperliche und geistige Wohl des Kindes zu sorgen.

a) Die Sorge für das körperliche Wohl.

Sie soll dem Kinde die Fähigkeit zum vollen Gebrauch seiner physischen Kräfte verschaffen. Die Eltern sind also verpflichtet, die zur Erreichung dieses Zweckes erforderlichen Massregeln zu treffen, insbesondere für die Ernährung der Kinder und deren Beschützung gegen Krankheiten zu sorgen.[1]) Dies ist eine nicht zu unterschätzende Aufgabe der Eltern. Von der normalen körperlichen Entwickelung des Kindes hängt nicht selten seine Zukunft ab, da so mancher Beruf nur für körperlich gesunde und kräftige Menschen zugänglich ist.[2]) Der körperliche Zustand des Kindes ist meistenteils auch Voraussetzung für dessen geistige Entwickelung, beides soll ihn auf den Eintritt der Volljährigkeit genügend vorbereiten, soll ihm die Fähigkeit verschaffen, seine Interessen selbständig zu vertreten, die natürliche Selbständigkeit zu erlangen. Diese natürliche Selbständigkeit kann aber unter Umständen durch den Rückstand in der physischen Entwickelung beeinträchtigt werden, indem verschiedene Gebrechen die Einsetzung einer Pflegschaft notwendig machen (§ 1910).

---

[1]) Opet S. 197; Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 243.

[2]) Nach kanonischem Rechte begründet ein körperliches Gebrechen eine *irregularitas ex defectu corporis;* in den Priesterstand können nur körperlich gesunde Menschen aufgenommen werden.

Wie diese, das leibliche Wohl des Kindes betreffende Erziehungspflicht seitens der Eltern erfüllt werden soll, darüber erlässt das Gesetz begreiflicherweise keine besonderen Bestimmungen. Es ist nicht Sache des Gesetzgebers, sich mit pädagogischen Grundsätzen zu befassen, er kann nicht durch Aufstellung bestimmter Regeln den Eltern ein für alle Male vorschreiben, wie sie die körperliche Erziehung ihrer Kinder leiten sollen. Das Gesetz hat nur durch ihre dazu bestellten Organe, die Vormundschaftsgerichte, die in dem die lokalen Verhältnisse genau kennenden Waisenrat eine wesentliche Unterstützung erfahren, darüber zu wachen, dass keine Pflichtwidrigkeiten vorkommen. Ob Pflichtwidrigkeiten seitens der Eltern vorliegen, soll der Richter durch Würdigung des Einzelfalles entscheiden und entsprechende Massregeln treffen. Dass aber dadurch der Willkür des Richters und den verwerflichsten Zwecken ehrvergessener und hasserfüllter Verwandten Vorschub geleistet werde, wie Fuld[1]) ängstlich behauptet, braucht man nicht zu befürchten. Unseren Richtern darf man nicht einen Mangel an Objektivität vorwerfen — das wäre eine Beleidigung für den gesamten Richterstand —, ebensowenig wird man sie einer Nachlässigkeit in Erfüllung ihrer amtlichen Pflichten zeihen können. Für etwaige Verfehlungen des Vormundschaftsrichters darf man aber keinesfalls den Gesetzgeber verantwortlich machen und von ihm die Festsetzung von spezifisch genauen Bestimmungen verlangen, die für den Vormundschaftsrichter bei der Verhängung der betreffenden Massregeln massgebend sein sollten. Ein solches Verlangen wäre höchst unbillig, da erfahrungsgemäss das praktische Leben soviel verschiedenartige Fälle mit sich bringt' dass sogar ein sehr weiser Gesetzgeber sie nicht überschauen und im voraus genau normieren könnte. Mit Recht lässt also das Gesetz den Richter nach freiem Ermessen walten.

b) Die Sorge für das geistige Wohl.

Mit der Sorge für das leibliche Wohl des Kindes geht die Pflicht der Eltern Hand in Hand, die geistige Ausbildung

---

[1]) **Fuld, Gutachten S. 432.**

in einer dem Interesse, den Fähigkeiten, den Anlagen und den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise zu leiten. Die Sorge für das geistige Wohl des Kindes bezweckt, die in dem Kinde schlummernden Geisteskräfte zur vollen Entfaltung zu wecken, das Kind zum nützlichen Mitgliede der menschlichen Gesellschaft heranzubilden. In welcher Weise der Vater sich dieser sittlichen Verpflichtung entledigen soll, kann das Gesetz nicht vorschreiben, es lässt vielmehr dem Walten des sittlichen Pflichtbewusstseins freien Spielraum, indem es aber durch selbständiges Einschreiten der Aufsichtsbehörde der Unterlassung der Pflichterfüllung entgegentritt (§ 1666). Darüber unten.

Die diesbezügliche Erziehungstätigkeit soll sich namentlich nach zwei Seiten hin erstrecken: einerseits umfasst sie die allgemeine Bildung, andererseits die berufliche Vorbildung.[1])

1. Die allgemeine Bildung.

I. Dieselbe greift vorzugsweise in das sittliche Gebiet ein. Der Sitte und den sittlichen Anschauungen der Allgemeinheit muss hier Rechnung getragen werden, dagegen darf die konkrete Auffassung einzelner Individualitäten nicht berücksichtigt werden.[2]) Trotzdem also dem Ermessen der Eltern in der Erfüllung ihrer Aufgabe grundsätzlich keine Beschränkungen auferlegt werden, dürfen die elterlichen Befugnisse nicht zur absoluten Willkür ausarten. Der Staat darf es nicht dulden, dass unter seinen Angehörigen unreine und ungesunde Elemente gezüchtet werden, die seine Grundlagen erschüttern könnten. Sobald also der Vater, der Anhänger der Anarchistenpartei ist, sein Erziehungsrecht dazu missbraucht, um seinen Kindern perverse Ideen beizubringen, ist das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1666 berechtigt, ihm sein Erziehungsrecht zu entziehen.

II. Unter den Begriff der allgemeinen Erziehung fällt auch die Schulbildung. Die Erfüllung dieser Aufgabe wird den Eltern wesentlich dadurch erleichtert, dass der Staat durch Einführung des allgemeinen Schulzwanges die erziehe-

[1]) Endemann S. 860.

[2]) Opet S. 198.

rische Leitung in dieser Hinsicht für sich in Anspruch nimmt. Die nähere Regelung dieser Materie gehört dem öffentlichen Recht an, demgemäss überlässt sie das B.G.B. den einzelnen Partikulargesetzgebungen,[1]) welche darüber sehr abweichende Bestimmungen treffen. Die Eltern sind verpflichtet, ihre Kinder zum regelmässigen Schulbesuch anzuhalten. — Zuwiderhandlungen werden mit Geld- bezw. Haftstrafe geahndet — die für den Unterricht erforderlichen Schreibmaterialien und Bücher anzuschaffen usw. Es bedarf wohl keiner besonderen Erwähnung, dass auch in dieser Hinsicht dem elterlichen Ermessen, soweit die staatlicherseits gesetzten Mindestgrenzen beobachtet werden, keine Beschränkungen auferlegt werden. Die Eltern sind insbesondere berechtigt, ihr Kind im eigenen Hause durch dazu geeignete Lehrkräfte unterrichten zu lassen, oder auf höhere Lehranstalten z. B. Mittelschulen, Realschulen, Realgymnasien, Gymnasien unterrichtshalber zu schicken. Ein Verbietungsrecht steht dem Staate in dieser Hinsicht nicht zu, dasselbe würde sich als ein weitreichender Eingriff in die persönlichen Rechte des Vaters darstellen. Selbstverständlich kommt das Aufsichtsrecht des Staates auch hier zur Geltung, wenn der Vater für den Schulbesuch des Kindes überhaupt keine Sorge trägt. In diesem Falle kann dem Vater das Erziehungsrecht entzogen werden. (K.-Ger. 17. Febr. 1902.)[2])

III. Ein wesentlicher Bestandteil der allgemeinen Bildung ist die religiöse Erziehung. Auch darüber enthält das B.G.B. keine näheren Bestimmungen. Bei der Beratung des Entwurfes wurden verschiedene Anträge eingebracht, namentlich der Vorschlag, das Recht der religiösen Selbstbestimmung, das sog. Unterscheidungsjahr, *annus discretionis,* auf das 16. Lebensjahr festzusetzen.[3]) Dieser und andere Anträge fanden jedoch in der Kommission keine Billigung. Da man endlich eingesehen hatte, dass eine befriedigende, reichsgesetzliche Regelung der Frage der religiösen Erziehung, namentlich hinsichtlich der Kinder aus gemischter Ehe, vor-

[1]) **Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 243.**

[2]) **Warneyer S. 187 Nr. 12.**

[3]) **Prot. IV S. 876.**

derhand nicht erzielt werden könne, so hat man es bei diesem Versuche bewenden lassen. Demgemäss verweist E.G. zum B.G.B. Art. 134 die Regelung dieser Materie auf die bisher geltenden landesgesetzlichen Vorschriften. Danach bestimmt sich insbesondere die Frage, ob die Kinder in der Konfession des Vaters oder der Mutter zu erziehen sind, und inwieweit sie das Recht haben, ihren Glauben selbst zu bestimmen.[1])

In Preussen bleibt es nach wie vor bei der Deklaration vom 21. November 1803 und A.L.R. II. 2, 77, 78, 81—84, 642.[2])

2. Die berufliche Vorbildung.

Die Sorge für das geistige Wohl des Kindes schliesst auch das Recht und die Pflicht in sich, den Beruf des Kindes zu bestimmen, dasselbe in den für den Beruf erforderlichen Kenntnissen und Fertigkeiten auszubilden und den Bildungsgang dementsprechend zu ordnen.[3]) In der Berufswahl muss dem Erziehungsberechtigten freie Hand gelassen werden. Dass die Eltern hierbei nicht zum Nachteile des Kindes handeln werden, darf wohl als selbstverständlich angenommen werden, da ja, abgesehen von der sittlichen Verpflichtung, ihr eigenes Interesse es erfordert, ihren Kindern eine möglichst günstige Zukunft zu sichern. Bei der Bestimmung des Berufes werden wohl die Fähigkeiten und Anlagen des Kindes einerseits, die Vermögensverhältnisse der Eltern andererseits berücksichtigt werden müssen. Nicht selten

---

[1]) Eine reichsgesetzliche Regelung der religiösen Erziehung der Kinder wäre im Interesse der Rechtseinheit sehr erwünscht. Obwohl ein diesbezüglicher Versuch bei der Beratung des Entwurfs wegen der sich entgegenstellenden Schwierigkeiten scheiterte, dürfte wohl der Gedanke an die Erzielung einer Rechtseinheit auch in dieser Hinsicht noch nicht endgültig aufgegeben sein. Es mag daher an dieser Stelle auf die beachtenswerten Vorschläge bei Geigel verwiesen werden. (Geigel, Puchelts Zeitschrift S. 51 ff.)

[2]) Vgl. darüber Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 247 ff.; Endemann S. 861 und die daselbst sowie bei Matthiass S. 339 Anm. 3 angeführte Literatur. Vgl. hierzu Beschluss des Kammergerichts vom 3. Februar 1902 (Lobes Zentralblatt S. 181), sowie Deutsche Juristen-Zeitung 1903, Nr. 12 S. 293.

[3]) Knitschky S. 151.

treten Neigungen und Wünsche des Kindes mit denen der Eltern in Widerspruch. Auch hier soll die Stimme des Erziehungsberechtigten entscheiden, da wohl angenommen werden darf, dass das Kind die für eine so wichtige Entschliessung erforderliche Einsicht und Lebenserfahrung noch nicht besitzt, andererseits es aber dem Vater, der in der Regel die Kosten der Vorbildung für den Beruf trägt, nicht zugemutet werden kann, dass er für nutzlose und zweckwidrige Ausgaben, die vielleicht mit seinen Wünschen und Plänen nicht im Einklange stehen, aufkomme.[1]) Will also der Sohn eines Handwerksmeisters studieren, während der Vater ihn für das Gewerbe bestimmt, so ist die Entscheidung des Vaters massgebend.[2]) Es lässt sich allerdings nicht verkennen, dass manche Eltern bei der Berufswahl nicht selten unvorsichtig verfahren, und ohne die berechtigten Neigungen des Kindes, seine Fähigkeiten und Anlagen zu berücksichtigen, nur ihre eigenen, nicht aber des Kindes Interessen im Auge behalten. In dieser Hinsicht vermag die Rechtsordnung keine Abhilfe zu schaffen, da sie in die natürlichen Rechte des Vaters nicht störend eingreifen darf. Will der Sohn Offizier werden, während der Vater ihn für irgend ein Studium bestimmt, so muss der Sohn der Anordnung des Vaters Folge leisten. Besitzt der Sohn eigenes Vermögen, so kann er nach erreichter Volljährigkeit, wo er nicht mehr auf den Vater angewiesen ist, seinen Beruf eigenmächtig ändern, bis dahin ist er an die Weisungen des Vaters gebunden. Anders ist es, wenn sich die Berufswahl der Eltern als ein Missbrauch ihres Erziehungsrechtes darstellen sollte. Ein solcher Missbrauch würde darin zu erblicken sein, wenn der Vater ohne Rücksicht auf seine Vermögenslage und die Befähigung des Sohnes, diesem die Mittel für die Vorbildung zu einem passenden standesgemässen Berufe versagen sollte.[3]) Lässt z. B. ein reicher Kaufmann aus Geiz seinen gutbegabten Sohn Schuhmacher oder Tagelöhner werden, so liegt ein Grund zum Einschreiten

[1]) **Knitschky S. 151.**

[2]) **Soergel, Rechtsprechung 1900/01, S. 197 h.**

[3]) **Cosack S. 540; Kuhlenbeck, Kommentar S. 636.**

des Vormundschaftsgerichts vor. In solchem Falle steht dem über 14 Jahre alten Minderjährigen ein selbständiges Beschwerderecht beim Vormundschaftsgericht zu,[1]) das sodann die erforderlichen, das Wohl des Kindes berücksichtigenden Massregeln zu treffen hat, etwa dadurch, dass es das Kind auf Kosten des Vaters entsprechend und standesgemäss erziehen lässt.

c) Das Recht der Züchtigung.

1. Elterliches Zuchtrecht.

Das Erziehungsrecht verleiht dem Inhaber desselben auch die Befugnis, behufs Durchführung der in Ausübung der Erziehungspflicht getroffenen Anordnungen dem Kinde gegenüber nötigenfalls zu Zwangsmassregeln zu greifen, es legt ihm ein angemessenes Zuchtrecht in die Hand. Das Kind ist dem Erziehungsberechtigten gegenüber zur Folgsamkeit und zu anständigem Betragen verpflichtet.[2]) Zurechtweisungen, mögen sie auch in scharfer Form erfolgen, hat es willig hinzunehmen und denselben Folge zu leisten. Werden diese Pflichten seitens des Kindes verletzt, so ist der Gewalthaber berechtigt, die ihm kraft Gesetzes zustehende Zuchtgewalt zur Anwendung zu bringen (§ 1631 Abs. 2 Satz 1). Ueber die Art und Weise, wie dieses Zuchtrecht gehandhabt werden soll, gibt das Gesetz keinen näheren Aufschluss; für die Höhe der Strafzumessung werden die konkreten Umstände und der Grund der Verschuldung massgebend sein müssen. Obwohl aber das Gesetz in dieser Hinsicht keine bestimmte Grenze zieht, so gewährt es dem Gewalthaber kein schrankenloses Züchtigungsrecht, sondern erlaubt ihm nur „angemessene“ Zuchtmittel gegen das Kind anzuwenden, die zur Erreichung des Erziehungswerkes erforderlich sind. Das Wort „angemessen“ muss hierbei besonders betont werden. Es wird also der Grad der Verschuldung einerseits, das Alter und der körperliche Zustand des Kindes andererseits zu berücksichtigen sein. Eine ungehörige Anwendung der Zuchtgewalt würde sich als Miss-

[1]) § 59 F.G.G.

[2]) Motive IV S. 751.

brauch des elterlichen Erziehungsrechtes darstellen[1]) und deshalb ein vormundschaftsgerichtliches Einschreiten, oder aber ein strafgerichtliches Verfahren zur Folge haben. Schläge mit einem harten, schweren Gegenstande, die die zarten Glieder des kleinen Kindes verletzen könnten, sind unerlaubt; Festbinden des Kindes, Einsperrung in einen dunklen, feuchten Raum, welche für den Gesundheitszustand des Kindes schlimme Folgen haben könnte, würde das übliche Mass der Züchtigung überschreiten und mit dem Erziehungszweck unverträglich sein. Obwohl die Züchtigung gewaltuntergebener Kinder an und für sich gestattet ist, so muss sie natürlich erwachsenen Kindern gegenüber möglichst beschränkt werden. Der Vater darf wohl Ungehörigkeiten eines zehnjährigen Burschen mit einer Ohrfeige bestrafen, dieselbe Behandlung einem zwanzigjährigen Sohne gegenüber wäre aber unpassend und unangemessen. Ein an sich zulässiges Strafmittel kann durch öftere Anwendung und erhebliches Uebermass unter Umständen die üblichen und erlaubten Grenzen überschreiten: die körperlichen Strafen dürfen nicht zu Misshandlungen und Quälereien ausarten, das Vorgehen und die Strafe müssen stets im richtigen Verhältnis zueinander stehen. Mehrere Schläge mit einem Rohrstock, eine Einsperrung auf einige Stunden dürften dem unartigen Kinde gegenüber wohl angebracht sein, ein Schlagen bis zur Ohnmacht, eine wochen- oder monatlange Einsperrung würde die erlaubte Zuchtgrenze erheblich überschreiten. Eine bestimmte Grenze in dieser Hinsicht zu ziehen, ist unmöglich; eine zutreffende Entscheidung über das „Angemessene“ wird nur durch Beurteilung der Sachlage von Fall zu Fall erzielt werden können. Vernünftige Eltern werden die Erziehung ihrer Kinder überhaupt nicht mit dem Knüttel in der Hand leiten, sondern auf das Betragen, die gute Führung des Kindes durch eigenes tadelloses Beispiel einflussreich hinwirken wollen.

Wird die Erziehung, namentlich die berufliche Vorbildung eines gewaltuntergebenen Kindes einem andern über-

---

[1]) Warneyer S. 187 Nr. 13 (Kamm.-Ger. 23. Dez. 1901).

tragen, so erlangt dieser die dem Vater kraft der Erziehungsgewalt zustehenden Rechte und Pflichten. Die eben entwickelten Grundsätze sind deshalb auch für einen Handwerksmeister, der einen Lehrling auszubilden hat, massgebend. Vgl. darüber G.O. § 127, namentlich aber § 127a:

> „Der Lehrling ist der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen und dem Lehrherrn, sowie demjenigen, welcher an Stelle des Lehrherrn die Ausbildung zu leiten hat, zur Folgsamkeit und Treue, zu Fleiss und anständigem Betragen verpflichtet.
>
> Uebermässige und unanständige Züchtigungen, sowie jede die Gesundheit des Lehrlings gefährdende Behandlung sind verboten."

2. Unterstützung durch das Vormundschaftsgericht.

In der Regel werden die Eltern kraft ihrer Autorität die Kinder zum Gehorsam und zur Befolgung ihrer Befehle selbst anhalten können; sollten aber die ihnen zu Gebote stehenden Zuchtmittel nicht ausreichen, um den Widerstand des Kindes zu brechen, sollte der kranke Vater oder die schwache Mutter nicht soviel Kräfte haben, um den halberwachsenen, ungezogenen Jungen zu bewältigen, so können sie die Hilfe des Vormundschaftsgerichtes anrufen (§ 1631 Abs. 2 Satz 2). Ueber die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts entscheiden die §§ 43 und 35 Freiw. G.G.[1]). Auf Antrag des Erziehungsberechtigten hat das Vormundschaftsgericht denselben durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen. Es ist also ein Antrag des Vaters bzw. der Mutter erforderlich, zum selbständigen Eingreifen ist das Vormundschaftsgericht nicht berechtigt, es sei denn, dass die weiter unten zu besprechenden Voraussetzungen des § 1666 vorliegen. In der Wahl der Zuchtmittel ist das Vormundschaftsgericht freier gestellt als die Eltern: während diese nur „angemessene" Zuchtmittel gegen das Kind anzuwenden berechtigt sind, kann das Vormundschaftsgericht

[1]) Vgl. dazu Preussische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 8 Abs. 2.

„geeignete“ Zwangsmassregeln ergreifen, d. h. jede Handlung vornehmen, die zur Bewältigung des ungehorsamen Kindes geeignet ist.[1]) Für die Anwendung der entsprechenden Massregeln werden auch hier der Grad der Verschuldung, die konkreten Umstände des Einzelfalles massgebend sein. Sollte ein amtlich erteilter Verweis seine Wirkung verfehlen, so kann das Vormundschaftsgericht zur körperlichen Züchtigung durch einen Unterbeamten schreiten. Auch kann die zwangsweise, mit polizeilicher Hilfe zu bewirkende Zurückführung eines aus dem Elternhause entlaufenen Kindes angeordnet werden. In besonders schweren Fällen kann sogar das ungeratene Kind vorübergehend in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt oder bei einer fremden, geeigneten Familie untergebracht werden. Da die Unterstützung durch das Vormundschaftsgericht nur im Interesse der Eltern und auf deren Antrag hin gewährt wird, so können die Eltern jederzeit auf die weitere Unterstützung des Gerichts verzichten und die Wiederaufhebung der vom Gericht getroffenen Massnahmen verlangen.[2]) Andererseits ist aber das Vormundschaftsgericht an die Anträge der Eltern nicht in der Weise gebunden, dass es denselben auf jeden Fall Folge zu leisten verpflichtet und berechtigt wäre; vielmehr hat es selbständig zu prüfen, ob die Inanspruchnahme der gerichtlichen Unterstützung durch die Umstände geboten und gerechtfertigt sei,[3]) und nach eigenem freien Ermessen darüber zu entscheiden, welche Massregeln zur Beseitigung des Uebels geeignet erscheinen. Sollten die vom Gericht verhängten Strafmittel den Wünschen der Eltern nicht entsprechen, so sind ja diese jederzeit berechtigt, auf die gerichtliche Mitwirkung zu verzichten oder die Beseitigung der dem Kinde gegenüber bereits getroffenen Massregeln zu verlangen. Aus diesen Gründen ist die von Fuld[4]) so sehr vermisste nähere Bestimmung über die vom Vormundschaftsgericht anzuwen-

[1]) Opet S. 200.

[2]) Motive IV S. 752; Kuhlenbeck, Kommentar S. 607 (Kamm.-Ger. vom 10. April 1901).

[3]) Soergel 1900/01 S. 187b (L.G. Freiburg i. B. 16. Januar 1901).

[4]) Fuld S. 423.

denden Zwangsmassregeln überflüssig, da das Recht der Verzichtleistung auf die gerichtliche Unterstützung einen eventuellen Eingriff in die persönliche Freiheit der Eltern jederzeit beseitigen könnte.

d) Aufsichtspflicht der Eltern.

Die Erziehungsgewalt legt auch den Eltern die Pflicht auf, die Handlungen des Kindes, sein Tun und Treiben zu überwachen. Das erziehungsbedürftige Kind darf nicht sich selbst überlassen werden, da es einerseits der Gefahr der sittlichen Verwahrlosung ausgesetzt werden könnte, was wiederum, soweit es landesgesetzlich zulässig, ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts zur Folge haben müsste, andererseits durch sein Verhalten Anderen leicht Schaden zufügen könnte. Die Aufsichtspflicht ist also ein wichtiger Bestandteil der elterlichen Erziehungssorge; die Beaufsichtigung soll von den Eltern im Interesse des Kindes selbst ausgeübt und zugleich mit Rücksicht auf die Allgemeinheit gehörig gehandhabt werden.[1]) Eine Vernachlässigung dieser Obliegenheit kann dritte Personen zur Geltendmachung von obligatorischen Ansprüchen gegen den Inhaber der Erziehungsgewalt berechtigen. Dieser ist gemäss § 832 Jedem, dem das zu beaufsichtigende Kind widerrechtlich Schaden zufügt, zum Ersatze desselben verpflichtet, es sei denn, dass ihm der Nachweis gelingt, dass er der Aufsichtspflicht genügt hat, oder dass der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde. Auch dann ist der Aufsichtspflicht genügt, wenn im allgemeinen die zur Beaufsichtigung des Minderjährigen erforderlichen Massnahmen getroffen sind, ohne dass es darauf ankommt, ob eine genügende Beaufsichtigung gerade hinsichtlich der schädigenden Handlung stattgefunden hat.[2])

Dies ist jedoch auf jeden Fall ausgeschlossen, wenn der Aufsichtspflichtige in Ausübung der Aufsicht über das Kind fahrlässig gehandelt, d. h. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht gelassen hat

[1]) Endemann S. 861; Motive IV S. 753.

[2]) Soergel, Rechtsprechung 1900/01, S. 88.

(§ 276).[1]) Obwohl man in der Regel nur für die eigene Schuld verantwortlich ist, muss man für Beschädigungen durch Andere auch insoweit aufkommen, als man hierbei, wenn auch nur indirekt, eine Schuld hat. Diese kann unter anderem auch in mangelnder Sorgfalt bei der Auswahl — *culpa in eligendo* — liegen. Der Aufsichtspflichtige ist also auch dann für den Schaden, den das Kind verursacht, haftbar, wenn er z. B. die Aufsicht einer ungeeigneten Person anvertraut.[2]) Im übrigen ist es für die Frage der Haftung unerheblich, ob die Aufsicht von dem Inhaber der Erziehungsgewalt persönlich oder durch einen Vertreter, z. B. durch den Lehrmeister, der die berufliche Ausbildung des minderjährigen Sohnes übernommen hat, ausgeübt wird.[3]) In erster Linie haftet der Vater bezw. die Mutter. Hat aber ein Anderer die Aufsicht durch Vertrag übernommen, so erwächst dem Beschädigten ein konkurrierender Anspruch gegen den mit der Aufsichtsführung Beauftragten (§ 832 Abs. 2)[4]). Selbstverständlich bleibt das Kind, von dem der Schaden ausging, von der Haftung nicht ohne weiteres frei. Das die Schadensersatzpflicht betreffende Verhältnis zwischen Vater und Kind regelt § 840 Abs. 2. Hiernach ist in ihrem Verhältnis zueinander das Kind allein haftbar. Hat also das Kind eigenes Vermögen, so kann der Schaden daraus gedeckt werden; ist dies nicht der Fall, so muss der Vater bezw. der vertragsmässige Aufsichtspflichtige für den Schaden aufkommen. Vater und Mutter haften als Gesamtschuldner, doch kann jeder von beiden seine Haftung durch den Nachweis abwenden, dass er seiner Aufsichtspflicht genügt habe;[5]) die Mutter kann sich insbesondere darauf berufen, dass sie sich gemäss § 1634 Satz 2 der Anordnung ihres Ehemannes habe fügen müssen, und daraufhin ihre Ersatzpflicht ablehnen, die in diesem Falle den Vater allein treffen wird. Steht der Mutter

---

[1]) **Planck S. 389.**

[2]) **Fraenkel S. 132.**

[3]) **Soergel, Rechtsprechung 1902, S. 112 Nr. 1 (R.G. 23. Juni 1902). S. 113 Nr. 5 (R.G. 12. Juli 1902).**

[4]) Opet S. 212.

[5]) **Spahn S. 90.**

allein das Erziehungsrecht zu, z. B. infolge der Scheidung der Ehe, weil der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat, oder weil dessen Gewalt ruht, so kann nur die Mutter in Anspruch genommen werden, weil die Schadensersatzpflicht nicht an sich aus der elterlichen Gewalt, sondern besonders aus der Erziehungsgewalt folgt.

e) Unzulässigkeit des Verzichts.

Wie bei der elterlichen Gewalt überhaupt, so entspricht auch bei der Erziehungsgewalt dem Recht durchaus die Pflicht.[1]) Die Pflichtseite des Erziehungsrechtes fällt meistenteils, wie bisher genügend hervorgehoben ist, dem sittlichen Gebiete anheim;[2]) nicht minder sind aber auch im Interesse der Allgemeinheit den Eltern bestimmte Pflichten auferlegt, z. B. die Aufsichtspflicht. Die rechtliche Wirksamkeit dieser Pflichtseiten äussert sich namentlich nach zwei Seiten hin: einerseits kann die Verletzung der den Eltern obliegenden Pflichten die Entziehung des Erziehungsrechtes zur Folge haben, andererseits ist ein Verzicht auf das Erziehungsrecht ebensowenig zulässig als Verzicht auf die Sorge für die Person überhaupt.[3]) Da es sich bei der Erziehung in erster Linie um eine sittliche Pflicht handelt, deren Erfüllung die Eltern sich nicht rechtswirksam entziehen dürfen, so folgt auch daraus, dass ein Vertrag, durch den die Eltern auf ihre Erziehungsgewalt verzichten, gegen die guten Sitten verstösst und deshalb nichtig ist (§ 138). Unzutreffend ist jedoch die Auffassung von Neumann,[4]) welcher den Verzicht auf die elterliche Gewalt, somit auch auf die Erziehungsgewalt, nur insoweit als unzulässig erachtet, als sie eine Pflicht des Gewalthabers begründe. Es ist nicht zu verkennen, dass die Erziehungsgewalt eine Fülle von Machtbefugnissen enthält, zu deren Ausübung die Eltern rechtlich nicht angehalten werden können, dies kann jedoch nicht als Beweis dafür angeführt werden, dass die Eltern auf ihre Rechte zugunsten

[1]) Matthiass S. 337. [2]) Motive IV S. 752.

[3]) Staudinger § 1631, I. 7; Planck § 1631 Note 1 f.; Kuhlenbeck, Kommentar S, 607.

[4]) Neumann, Kommentar, S. 223 § 1627 Note 1.

anderer verzichten dürfen. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern beruht auf einer sittlichen Grundlage, die elterliche Gewalt, also auch die Erziehungsgewalt, soll in erster Linie die Interessen des Kindes befolgen; selbst die Rechtseiten der Erziehungsgewalt, z. B. das Züchtigungsrecht, das Recht, das Kind im Haushalt zu beschäftigen usw. stellen sich in ihrer Kehrseite, d. h. im Verhältnis zu dem Kinde, als eine sittliche Pflicht der Eltern dar: durch die im Bedarfsfalle anzuwendenden Zuchtmittel soll das Kind zum Gehorsam angehalten werden, es sollen ihm gewisse Unarten, die für seine Charakterentwickelung schädlich werden könnten, abgewöhnt werden, durch kleinere physische Arbeitsverrichtungen soll sein körperliches Wohl gefördert werden, aber auch zugleich die Liebe und der Hang zur Arbeit und zum Fleiss dem Kinde beigebracht werden. Es könnte schon an und für sich zweifelhaft erscheinen, ob durch die Nichtausübung dieser Befugnisse den elterlichen Erziehungspflichten zur Genüge entsprochen werde, umsomehr muss es aber als unzulässig erachtet werden, auf diese Befugnisse zugunsten eines anderen zu verzichten, da der andere keine genügende Handhabe dafür bieten kann, dass er von seinen ihm übertragenen Rechten im Interesse des Kindes Gebrauch machen werde, dass er seine Pflichten dem Kinde gegenüber gewissenhaft erfüllen werde. Diese Gründe rechtfertigen die Unzulässigkeit des Verzichts auf die Erziehungsgewalt, auch soweit sie Rechte verleiht.[1]) Gegen die vertragsmässige Uebertragung des Erziehungsrechtes auf einen anderen ist an und für sich nichts einzuwenden. Dies kommt auch im praktischen Leben nicht selten vor, z. B. zum Zwecke der beruflichen Ausbildung u. dgl., nur darf ein vertragsmässiger Verzicht auf die Zurücknahme des einem anderen zur Erziehung übergebenen oder in einer Anstalt untergebrachten Kindes rechtlich nicht anerkannt werden.

Einen schwachen Versuch, für die Gültigkeit solcher einen Verzicht enthaltenden Verträge einzutreten, macht Knitschky.[2]) „Dem Interesse des Kindes", so führt er aus,

[1]) Matthiass S. 337. [2]) Knitschky S. 158.

„entspreche es am besten, wenn man die Verbindlichkeit der Uebereinkunft anerkenne, aber den Eltern die Befugnis zugestehe, sie anzufechten, wenn es sich herausstelle, dass sie dem Wohle des Kindes widerstreite. Um auch die berechtigten Ansprüche der Eltern zu wahren, wäre ihnen das Anfechtungsrecht ferner dann zuzugestehen, wenn sie durch eine Notlage zur Eingehung des Vertrages gezwungen seien, jetzt aber durch Verbesserung ihrer Vermögensverhältnisse in den Stand gesetzt seien, selber wieder für ihre Kinder zu sorgen.“ Dagegen ist folgendes einzuwenden: Durch die Möglichkeit, jederzeit von dem Vertrage zurückzutreten, sind die Eltern am besten in den Stand gesetzt, die Interessen ihres Kindes gehörig zu wahren; sollte aber das Wohl des Kindes es erfordern, so steht ja nichts im Wege, es weiterhin in der vertragsmässigen Erziehung zu belassen, ohne sich jedoch des Rechtes auf Widerruf zu begeben. Ebenso erledigt sich der zweite von Knitschky erwähnte Fall. Es ist im allgemeinen anzunehmen, dass die Eltern stets auf das Wohl ihrer Kinder bedacht sind; sollte aber dieses ihrerseits gefährdet sein, so liegt ja ein Grund zum vormundschaftsgerichtlichen Einschreiten nach Massgabe des § 1666 vor, wodurch auch gegen launenhaften, das Interesse des Kindes gefährdenden Widerruf der Eltern ausreichender Schutz gewährt wird.[1]) Sein Vorschlag würde also im Grunde genommen keine besseren Zustände und Neuerungen herbeiführen, im Gegenteil, er würde in der Praxis auf bedenkliche Schwierigkeiten stossen. Während nämlich vom Standpunkte des B.G.B. aus die Eltern jederzeit aus eigenem Willen einen derartigen Vertrag aufheben, also gewissermassen ein verkürztes Verfahren einschlagen dürfen, verlangt Knitschky, dass sie erst auf dem umständlichen Wege der Anfechtung ihre Rechte wiedererlangen sollen.

C. Weitere aus dem Erziehungsrechte entspringenden Befugnisse.

Die bisher erörterten Fälle behandeln den Inhalt des elterlichen Erziehungsrechtes namentlich insoweit, als es regel-

[1]) Motive IV. S. 753; Dernburg, Deutsches Familienrecht, S. 244.

mässig Pflichten erzeugt. Das den Eltern zustehende Zuchtrecht bildet, wie schon an einer anderen Stelle betont, nicht nur eine Befugnis, sondern zugleich auch eine wichtige Pflicht. Ohne Grund darf das Kind nicht gezüchtigt werden, die den Eltern gesetzlich erlaubten Zuchtmittel sollen denselben bei der Ausübung ihrer Erziehungsgewalt hilfreiche Dienste erweisen, sie sind zur Erzielung einer erfolgreichen Erziehung unter Umständen sogar geboten. Wir glauben also nicht fehlgehandelt zu haben, wenn wir das elterliche Zuchtrecht den Pflichtseiten des Erziehungsrechts eingereiht haben. Die nun zu behandelnden Fälle gehören zwar nicht zum eigentlichen Inhalt des Erziehungsrechtes, trozdem müssen sie aber hier erwähnt werden, weil sie eng mit der Erziehungsgewalt verbunden sind, namentlich aber aus dem Grunde, weil sie dem Erziehungsberechtigten wichtige Befugnisse verleihen und somit sich vorwiegend als die Rechtseiten der Erziehungsgewalt charakterisieren.

a) Beschäftigung des Kindes im Haushalte.

Die Eltern müssen das Kind während seiner Minderjährigkeit erziehen und ihm den nötigen Unterhalt gewähren. Dafür gebührt ihnen auch ein Aequivalent, den ihnen das Gesetz auch ausdrücklich einräumt, indem es das Kind verpflichtet, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäft Dienste zu leisten (§ 1617). Diese Verbindlichkeit des Kindes ergibt sich aus der das gegenseitige Verhältnis beherrschenden Liebe, die sowohl Eltern als auch Kinder voneinander zu fordern berechtigt sind; die Erfüllung dieser Verbindlichkeit äussert sich zugleich als ein Gebot des Sittengesetzes, dessen Wirkungen gerade auf dem Gebiete der Erziehung zur Geltung kommen sollen. Voraussetzung der Dienstleistungspflicht des unter elterlicher Erziehungsgewalt stehenden Kindes ist, dass es dem elterlichen Hausstande angehört. Da die Dienstleistungspflicht auf der elterlichen Erziehungsgewalt beruht, so folgt daraus, dass sie ohne Rücksicht darauf besteht, ob das Kind von den Eltern oder aus

eigenen Einkünften unterhalten wird.[1]) Die Verpflichtung des Kindes zu Dienstleistungen hat einen doppelten Charakter: einmal soll dadurch, dass das Kind zum Arbeiten angehalten wird, der Erziehungszweck gefördert werden, das Kind soll dadurch auf die Zeit, wo es für sein weiteres Fortkommen selbst wird sorgen müssen, genügend vorbereitet werden, andererseits soll aber auch den Eltern ein Ersatz für die zum Zwecke der Erziehung gemachten Aufwendungen geboten werden. Hieraus rechtfertigt sich auch die Bestimmung des § 845, wonach ein Dritter, der durch Tötung, Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie durch Freiheitsentziehung gegenüber dem Kinde den Eltern dessen Dienste entzieht, denselben durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten verpflichtet ist. Was das Kind durch seine Arbeit verdient, fliesst dem Vermögen der Eltern zu, und zwar desjenigen Elternteiles, dem das Erziehungsrecht zusteht.

Ebenso wie die Erziehungsgewalt endigt auch die hier behandelte Verpflichtung des Kindes mit der Volljährigkeit oder Volljährigkeitserklärung.

Der Inhalt und Umfang der Dienste bemisst sich nach folgenden Gesichtspunkten:

Die Verpflichtung des Kindes zu Diensten soll sich in Grenzen bewegen, die seinen Kräften entsprechen. Hierbei müssen also das Alter des Kindes, sein Gesundheitszustand und seine physische Beschaffenheit entsprechend berücksichtigt werden, was nötigenfalls durch ärztliche Prüfung festgestellt werden kann. Gegen Missbrauch der Eltern gewährt § 1666 genügenden Schutz.

Die Art der Beschäftigung soll ferner der Lebensstellung des Kindes angemessen sein. Da das im Erziehungsstadium befindliche Kind streng genommen überhaupt noch keine Lebensstellung einnimmt, so entspinnt sich hierbei die Frage, ob für eine richtige Beurteilung die erst in Zukunft als wahrscheinlich zu erwartende Lebensstellung des Kindes[2]) oder die gegenwärtig von den Eltern eingenommene gesellschaftliche und soziale Stellung massgebend sein soll. Gegen die

[1]) Planck S. 372.

[2]) Knitschky S. 160.

erste Annahme würde der Umstand sprechen, dass die künftige Stellung, der künftige Beruf des Kindes sich nicht mit voller Sicherheit im voraus bestimmen lässt. Daher empfiehlt Opet[1]) die Anwendung des zweiten Massstabes, also nach der von den Eltern zurzeit eingenommenen Lebensstellung die Art der Beschäftigung des Kindes zu bemessen. Dies würde jedoch nur teilweise zutreffen. Dass das im Haushalte befindliche Kind unter Umständen eine höhere Stellung einnehmen kann als die Eltern, dürfte wohl nicht ausgeschlossen sein. Der Vater ist z. B. ein gewöhnlicher Handwerker, sein Sohn ist Schüler einer höheren Lehranstalt, etwa in der Prima. Nach Opets Methode dürfte also in diesem Falle der Vater seinen heranwachsenden Sohn zu allen Verrichtungen in seinem Hauswesen und Geschäft verwenden. Dass dies nicht der Sinn des Gesetzes ist, liegt auf der Hand. Es wäre mit dem Erziehungszweck unverträglich, wenn unter der Heranziehung des Sohnes zu Diensten, die seiner Stellung nicht angemessen sind, dessen Unterricht und Ausbildung leiden sollten.[2]) Andererseits steht nichts im Wege, dass der Vater, der selber ein wohlhabender Kaufmann ist, seinen Sohn anweist, sich durch Erteilung von Nachhilfestunden sein Taschengeld zu verdienen, damit er den Wert des Geldes und der Arbeit schätzen lerne.[3]) Darin würde noch keine unangemessene Beschäftigung zu erblicken sein, wohl aber, wenn dieser wohlhabende Kaufmann oder ein Rittergutsbesitzer seinen Sohn zu Arbeiten anhielte, die gewöhnlich von Ladendienern oder Knechten verrichtet werden. Es ist also weder der Vorschlag Knitschkys[4]), der über Mass und Art der Arbeit den Stand des Kindes und seinen zukünftigen Beruf entscheiden lässt, noch die oben erwähnte Auffassung Opets zu billigen, vielmehr muss hier der Mittelweg eingeschlagen werden. Dass der künftige Beruf des Kindes keineswegs massgebend sein darf, ist oben dargetan worden. Es lässt sich nicht verkennen, dass die Lebensstellung des Kindes unter Umständen von derjenigen seiner Eltern abhängig ist; andererseits kann aber das noch im Er-

[1]) Opet S. 130. [2]) Motive S. 715. [3]) Knitschky S. 160.
[4]) Knitschky S. 160.

ziehungsstadium befindliche Kind schon eine höhere soziale Stellung einnehmen als seine Eltern. In diesem Falle darf keine Kollision zwischen der Verwendung des Kindes zu Diensten und dem Erziehungszwecke eintreten. Da nun das Gesetz ausdrücklich von einer Lebensstellung des Kindes spricht, so wird bei der Beurteilung der „entsprechenden Weise" der Beschäftigung des Kindes beides zusammenwirken müssen, sowohl die gegenwärtige Stellung des Kindes als auch die der Eltern. Erst eine sachgemässe Prüfung nach beiden Seiten hin kann eine genügende Lösung der Frage ermöglichen.

Was der Umfang der Verpflichtung des Kindes zu Diensten anbetrifft, so bestimmt die gesetzliche Vorschrift, dass diese sich auf das „Hauswesen" und „Geschäft" der Eltern erstrecken soll. Hieraus folgt, dass die Eltern nicht berechtigt sind, die Dienste des Kindes einem Dritten gegen Entgeld zu überlassen.[1]) Wohl aber darf das Kind ausserhalb des Hauses, z. B. auf dem Acker, oder sofern das Geschäft es mit sich bringt, in fremden Räumen beschäftigt werden.[2]) Anders liegt aber die Sache, wenn die Erziehung des Kindes einem anderen z. B. durch einen Lehrvertrag übertragen wird. In diesem Falle ist der Vater kraft seiner Erziehungsgewalt befugt, die Arbeitskraft des Kindes dem andern zu überlassen.[3]) Dies entspricht auch vollkommen dem Erziehungszwecke.

Da die Eltern kraft ihrer Erziehungsgewalt einen Anspruch auf Dienstleistungen des Kindes haben, so ist das Kind nicht befugt, für geleistete Dienste eine Vergütung zu verlangen;[4]) indessen würde ein dahin lautender Vertrag zwischen den Eltern und dem Kinde schlechthin nicht ungültig sein, er würde aber nur mit der Wirkung einer Naturalobligation auszustatten sein, so dass ein Rückforderungsrecht auf den einmal entrichteten Lohn ausgeschlossen sein müsste, das Kind aber auch bei Nichtgewährung der vereinbarten

[1]) Planck S. 572

[2]) Kuhlenbeck, Kommentar S. 597.

[3]) Protok. IV S. 541.

[4]) Staudinger S. 401; Kuhlenbeck, Kommentar S. 597.

Vergütung zur Leistung der ihm gesetzlich obliegenden Dienste verpflichtet wäre.[1])

b) Bestimmung des Aufenthalts des Kindes.

Das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, bildet ebenfalls einen wichtigen Bestandteil der elterlichen Erziehungsgewaltbefugnisse, denn es dient der Ermöglichung der eigentlichen Personensorge, vor allen Dingen aber gibt es den Eltern Gelegenheit, der Aufsichtspflicht über das Kind gerecht zu werden[2]) und soweit alle zur Erreichung einer erfolgreichen Erziehung erforderlichen Handlungen dem Kinde gegenüber vorzunehmen. Nach § 11 teilt ein eheliches Kind den Wohnsitz seines Vaters; solange das Kind geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (minderjährig) ist, darf es ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters einen Wohnsitz weder begründen noch aufheben (§ 8). Von dem Wohnsitz ist jedoch der „Aufenthalt" zu unterscheiden. „Wohnsitz" hat eine spezifisch juristische Bedeutung, da von seiner Existenz die Zulässigkeit und Gestaltung gewisser rechtlich erheblicher Handlungen abhängig ist, „Aufenthalt" dagegen soll nur ein räumliches Verweilen bezeichnen.[3]) Das Recht des Kindes, den Wohnsitz mit seinem Vater zu teilen, entspringt aus der natürlichen Unterhaltspflicht des Vaters, welcher das Kind nicht aus dem Hause weisen darf. Der Aufenthalt des Kindes ist dagegen unabhängig von dem Wohnsitz der Eltern. Das Recht der Aufenthaltsbestimmung ist namentlich bei unerwachsenen Kindern eine notwendige Ergänzung zum Erziehungsrechte. In Ausübung ihrer Erziehungssorge dürfen die Eltern ihrem Kinde ausserhalb ihres Wohnsitzes einen Aufenthalt an einer geeigneten Stelle anweisen, z. B. zum Zwecke der Schulbildung oder der beruflichen Ausbildung. Die Wahl des Aufenthalts hängt von dem Ermessen des Inhabers der Erziehungsgewalt ab. Ein entgegengesetzter Wille des Kindes findet in dieser Hinsicht keine Berücksichtigung, es sei denn,

[1]) Opet S. 132, 133; Kuhlenbeck, Kommentar, S. 597.
[2]) Opet S. 213.
[3]) Opet S. 212 Anm. 107.

dass durch eine unpassende Wahl des Aufenthalts das gesundheitliche oder sittliche Wohl des Kindes gefährdet werden sollte, oder dass die Ausbildung des Kindes dessen Aufenthalt an einem bestimmten Orte erforderlich machte. Nicht selten tritt das Kind noch vor erreichter Volljährigkeit aus dem elterlichen Hauswesen, um selbst für sein weiteres Fortkommen zu sorgen. Auch in diesem Falle steht den Eltern die Befugnis zu, ihm seinen Aufenthaltsort anzuweisen, da dem Jüngling oder dem jungen Mädchen noch nicht die Fähigkeit zugemutet werden kann, sich ganz selbständig einen passenden Aufenthalt zu wählen; eine elterliche Entscheidung über die Angemessenheit der Umgebung ist daher unentbehrlich. Wie in der Ausübung der Erziehungsgewalt überhaupt, so unterliegt auch in dieser Hinsicht das elterliche Ermessen den allgemeinen Beschränkungen. Gefährdung berechtigter Interessen des Kindes kann das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten gemäss § 1666 veranlassen.[1]) Wenn eine Tochter angesehener Eltern aus reiner Laune das Elternhaus verlassen wollte, um als Chansonette o. dgl. einen unpassenden Lebensberuf zu suchen, so würde die Weigerung der Eltern, die Tochter aus dem Hause zu entlassen, wohl berechtigt sein. Wollte dagegen der Sohn eines Handwerkers, der bei seinem Vater nur unvollkommen das Gewerbe erlernt hatte, zwecks weiterer Ausbildung bei einem besseren Meister in Dienste treten, so würde sich ein diesbezügliches Verbot des Vaters als ein Missbrauch seiner elterlichen Erziehungsbefugnisse darstellen. Der Inhaber der Erziehungsgewalt ist also nur insoweit zur Bestimmung des Aufenthalts des Kindes berechtigt, als der Zweck der Erziehung es erfordert. Nach § 112 kann ein Minderjähriger mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vom gesetzlichen Vertreter zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt werden. Weigert sich der Vater trotz erteilter Ermächtigung in den Aufenthaltswechsel einzuwilligen, so würde eine diesbezügliche Weigerung die ihm zustehenden Befugnisse überschreiten. —

[1]) Vgl. hierzu Beschluss des O.L.G. Darmstadt vom 30. Mai 1902 in Löbes Zentralblatt S. 720/21.

Dass aus dem Rechte der Eltern, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, sich als Kehrseite das Recht des Kindes auf Aufnahme in das Elternhaus ergebe, wie Planck meint,[1]) dürfte wohl nicht ohne weiteres anzunehmen sein. Allerdings hat das Kind einen Anspruch darauf, aber nicht deswegen, weil es der elterlichen Erziehungsgewalt untersteht, sondern auf Grund der Unterhaltspflicht des Vaters.

Hält sich das Kind gegen den Willen der Eltern ausserhalb des Elternhauses auf, so sind die Eltern kraft ihrer Erziehungsgewalt befugt, das entlaufene Kind zurückzuholen und hierbei, wo die Landesgesetze es zulassen, polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Verweigert aber das Kind die Kindesfolge, weil es das Bestehen des Eltern- und Kindesverhältnisses oder das Bestehen der elterlichen Gewalt des die Zurückführung Betreibenden bestreitet, so kann es sich von der Verpflichtung zurückzukehren nur dann befreien, wenn es auf die Feststellung des Nichtbestehens dieses Verhältnisses nach Massgabe der §§ 640—642 C.P.O. erfolgreich klagt.[2])

c) Das Recht auf Herausgabe des Kindes.

Nach § 1632 umfasst die Sorge für die Person des Kindes das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Vater widerrechtlich vorenthält. Nach Gemeinem Recht gebührt dieses Recht das *interdictum de liberis exhibendis et ducendis* — demjenigen der Eltern, welcher das Erziehungsrecht hat.[3]) Das B.G.B. gewährt es demjenigen, dem die Sorge für die Person obliegt. Da diese Sorge sich vorzugsweise durch die an dem Kinde vorzunehmenden Erziehungshandlungen betätigen soll, so findet das Recht auf Herausgabe des Kindes in dem Erziehungsrechte seine Motivierung. Die Fassung des Wortlauts des § 1632 ist insofern ungenau, als es nur dem Vater dieses Recht zuschreibt. Dass dieses aber nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, zeigt der Umstand, dass das Erziehungsrecht gemäss § 1634 neben dem Vater auch von der Mutter und gemäss

[1]) Planck S. 389. [2]) Spahn S. 90.

[3]) Dernburg, Pandekten Bd. III S. 73.

§§ 1684, 1686 von der Mutter allein ausgeübt wird. Die Vorschrift des § 1632 muss also dahin verstanden werden, dass das hier zu behandelnde Recht nicht dem Vater allein, sondern dem jeweiligen Inhaber der Erziehungsgewalt, also auch der Mutter neben dem Vater oder unter Umständen der Mutter allein zusteht.

Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes ist jedoch nicht Ausfluss der gesetzlichen Vertretung des Kindes, da er gemäss § 1634 auch von der Mutter während des Bestehens der Ehe geltend gemacht werden kann, trotzdem diese von der Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten ausgeschlossen ist, sondern er steht dem Vater bezw. der Mutter auf Grund des Erziehungsrechtes zu.[1]) Andererseits ist aber der Inhaber der Erziehungsgewalt die Herausgabe des Kindes auch gegenüber dem Elternteil zu verlangen berechtigt, dem die Sorge für die Person sonst nicht obliegt, obwohl dieser Inhaber der elterlichen Gewalt oder Vertreter des Kindes in persönlichen Angelegenheiten ist.[2])

Wie oben erwähnt, steht das Recht auf Herausgabe des Kindes dem jeweiligen Inhaber der Erziehungsgewalt zu. Von wem diese in den einzelnen Fällen ausgeübt wird, soll weiter unten ausführlich erörtert werden.

Die Geltendmachung des Anspruchs erfolgt im Wege des ordentlichen Prozessverfahrens. Im Gemeinen Rechte konnte zu diesem Zwecke polizeiliche Hilfe in Anspruch genommen werden:[3]) erst wenn diese nicht zum Ziele führte, etwa deswegen, weil von seiten des die Herausgabe Verweigernden vorläufig als begründet erscheinende Einwendungen entgegengebracht wurden, wandte man sich an den Prozessrichter. Dem B.G.B. ist diese Art der Durchführung des Anspruches fremd. Allerdings spricht der I. Entwurf im § 1505 (Motive IV S. 754) von einer Inanspruchnahme der polizeilichen Hilfe hinsichtlich des flüchtig gewordenen Kindes, aber auch diese Bestimmung wurde „als dem öffentlichen Rechte angehörend“ von der II. Kommission gestrichen.[4]) Demnach steht dem Erziehungsberechtigten zur Geltend-

[1]) Planck S. 389. [2]) Staudinger S. 420. [3]) Strippelmann S. 99.
[4]) Protok. IV S. 547.

machung seines Anspruches nur der Prozessweg offen.[1]) Da hierfür keine besonderen prozessualen Vorschriften bestehen, so bleibt es bei den allgemeinen Regeln.

Die Begründung der Klage ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

I. Aktivlegitimation des Klägers. Diese muss der Kläger durch den Nachweis dartun, dass ihm das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, zustehe, was dann der Fall ist, wenn das zur Herausgabe verlangte Kind in einem ehelichen Kindschaftsverhältnis zu ihm steht, oder durch Annahme an Kindes Statt sowie durch Legitimation durch nachfolgende Ehe oder Ehelichkeitserklärung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt hat und noch minderjährig ist.[2]) Bestreitet der Beklagte die Vaterschaft des Klägers, so löst sich der Rechtsstreit in einen Streit über die eheliche Abstammung des Kindes auf.[3]) Auch die Mutter kann bei bestehender Ehe auf Herausgabe des Kindes selbständig klagen, der entgegengesetzte Wille des Vaters würde jedoch einen Mangel der Aktivlegitimation begründen.

II. Auf Seiten des Beklagten muss die Vorenthaltung eine widerrechtliche sein. Nach den allgemeinen Grundsätzen braucht jedoch der Kläger nur die Tatsache der Vorenthaltung allein zu beweisen, während der Mangel der Widerrechtlichkeit des Vorenthaltens von dem Beklagten zu erweisen ist.[4]) Da jede gegen den Inhaber der Erziehungsgewalt gerichtete Vorenthaltungshandlung die Ausübung der Pflicht und des Rechts der Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung unmöglich macht, so charakterisiert sie sich schon dadurch als ein widerrechtlicher Eingriff in die persönlichen Rechte des Inhabers.

Insbesondere muss ein „widerrechtliches“ Vorenthalten schon darin erblickt werden, wenn der Beklagte das Bemühen des Berechtigten, das Kind wiederzuerlangen, durch Ver-

---

[1]) Warneyer S. 181, Anm. 3 zu § 1632 (K.-Ger. 24. Juli 1900). Ueber die Grenzen der Zuständigkeit des Prozess- und Vormundschaftsgerichts vgl. Urteil des O.L.G. Darmstadt vom 22. Jan. 1902 in Lobes Zentralblatt S. 119—122. [2]) Opet S. 214. [3]) Spahn S. 90.

[4]) Planck S. 389; Soergel, Rechtsprechung 1900/01 S. 188b.

weigerung seiner hierzu erforderlichen Mitwirkung vereitelt, indem er etwa dem Kinde in seiner Behausung Unterkunft gewährt, ihm Unterhalt und Kleidung reicht, oder ihn in seinem Erwerbsgeschäft zu Dienstleistungen verwendet.[1]) Widerrechtlich ist vor allen Dingen das Vorenthalten dann, wenn der Gegner sich der Ausführung des Rechts des Vaters widersetzt, indem er z. B. denselben nicht in seine Räume hereinlässt oder das Kind am Verlassen derselben hindert. Dagegen ist der Vorenthaltende nicht verpflichtet, auf das Kind, welches sich selbst dem Willen des Vaters widersetzt, einzuwirken, um es zur Rückkehr zu bewegen. In diesem Falle wird der Erziehungsberechtigte nicht auf dem Klagewege zu seinem Rechte gelangen können, sondern auf Zwangsmassregeln, etwa auf die ihm landesgesetzlich zu gewährende polizeiliche Hilfe, angewiesen sein.[2])

Beklagter kann jeder Nichtinhaber der Erziehungsgewalt sein, aber auch die Mutter als Mitinhaberin derselben bei bestehender Ehe, sofern sie sich zu den Erziehungshandlungen des Ehemanns in Widerspruch setzt und dadurch eine Meinungsverschiedenheit zwischen sich und ihrem Ehegatten, dessen Meinung stets vorgeht, hervorruft (§ 1634). — Weigert sich der Beklagte, das Kind herauszugeben, so hat er seinerseits Umstände darzulegen, welche die Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung ausschliessen.

a. Als zulässig stehen der Beklagten folgende Einreden zu Gebote:[3])

1. Die Beendigung der elterlichen Gewalt des Klägers über das zur Herausgabe verlangte Kind. Das Kind tritt entweder mit der Erreichung der Volljährigkeit, also mit dem 21. Lebensjahre oder mit dem vollendeten 18. Lebensjahre auf Grund der Volljährigkeitserklärung aus der elterlichen

[1]) Soergel, Rechtsprechung 1900/01 S. 189 d; Kuhlenbeck, Kommentar S. 608.

[2]) Warneyer S. 181 Anm. 2 zu § 1632; Scherer, das Zweite Jahr, S. 239 II. Abs. 2; Soergel, Rechtsprechung, 1902 S. 189, Anm. 1 zu § 1632; Kuhlenbeck, Kommentar S. 608.

[3]) Aus der Verschiedenartigkeit der sie hervorrufenden Umstände ergeben sich verschiedene Einreden. Sie alle aufzuzählen ist unmöglich, es seien daher nur die wichtigsten hervorgehoben.

Gewalt. Da mit diesen Zeitpunkten auch das elterliche Erziehungsrecht sein gesetzliches Ende findet, so kann auf Grund dieser Einrede die Herausgabe des Kindes von jedem Dritten verweigert werden.

Mit der Annahme an Kindes Statt verlieren ferner die leiblichen Eltern die elterliche Gewalt über das Kind zu gunsten des bezw. der Annehmenden, denen nunmehr die Sorge für die Person, mithin auch das Erziehungsrecht zufällt (§§ 1765, 1757). Verlangen daher die leiblichen Eltern die Herausgabe des Adoptivkindes, so kann ihnen die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation entgegengesetzt werden.

2. Die Einrede des Ehemannes.[1]) Die Verheiratung der minderjährigen Tochter hat auf den Fortbestand der elterlichen Gewalt keinen Einfluss. Die Tochter bleibt bis zur Erreichung der Volljährigkeit in der bisherigen elterlichen Gewalt, nur die Sorge für die Person geht von den Eltern auf den Ehemann über. Dieser ist daher kraft des ihm zustehenden Erziehungsrechtes zur Herausgabe seiner Frau an deren Eltern nicht verpflichtet.

3. Die Einrede der Mutter gegen den klagenden Vater in allen Fällen, in denen noch bei Lebzeiten des Vaters die elterliche Gewalt nur ihr allein zusteht. (Vgl. darüber 3. Abschnitt Teil I A u. B.)

4. Die Einrede kann auch begründet werden durch eine auf Grund des § 1666 ergangene Anordnung des Vormundschaftsgerichts oder eine einstweilige Verfügung des Gerichts gemäss § 627 C.P.O. im Scheidungsprozess.[2]) Der Beklagte, bei dem das Kind auf Grund dieser vormundschaftsgerichtlichen oder gerichtlichen Verfügung untergebracht ist, kann daher die Herausgabe des Kindes verweigern.

5. Dass die Vorenthaltung des Kindes auch auf Grund anderer öffentlichrechtlichen Normen, z. B. zur Erfüllung der Schulpflicht, zur Ableistung der Militärpflicht u. dgl. stattfinden kann, bedarf wohl keiner weiteren Begründung.[3])

---

[1]) Scherer, Das Zweite Jahr, S. 240 Nr. 1048; Kuhlenbeck, Kommentar S. 609.

[2]) R.G. Bd. 18 S. 189. Kuhlenbeck, Kommentar S. 608.

[3]) Opet S. 216.

β. Unzulässig sind namentlich folgende Einreden:

1. Einrede der Verjährung. Das elterliche Erziehungsrecht ist als ein höchst persönliches, d. h. nur an die berechtigten und verpflichteten Personen geknüpftes Recht unvererblich und unveräusserlich; es gleicht einer *res extra commercium.*[1]) Hieraus, namentlich aber aus der Unzulässigkeit des Verzichts auf das Erziehungsrecht folgt, dass das Recht auf Herausgabe nicht der Verjährung unterliegt, mithin eine Einrede aus derselben nicht hergenommen werden kann.[2]) Hiermit steht in Uebereinstimmung die Vorschrift des § 194 Abs. 2: „Der Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegt der Verjährung nicht, soweit er auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist."

2. Einrede aus dem entgegenstehenden Interesse des Kindes. Derjenige, der das Kind in eigene Obhut genommen hat, kann sich nicht darauf berufen, dass das Kind bei ihm besser aufgehoben sei, als bei den Eltern, und dass daher das eigene Interesse des Kindes sein Verbleiben bei ihm erfordere.[3]) Dies könnte namentlich in Frage kommen, wenn die Pflegeeltern die Herausgabe des von ihnen sorgsam erzogenen Kindes dessen unbemittelten oder leichtsinnigen Eltern verweigern wollten. Obwohl eine solche Weigerung aus faktischen Gründen gerechtfertigt wäre, so kann daraus rechtlich eine Einrede nicht hergenommen werden, da die Eltern in der Ausübung ihres Rechts nicht beschränkt werden dürfen. Den klagenden Eltern kann höchstens die Einrede entgegengesetzt werden, dass sie ihre Pflichten gegen das Kind gröblich vernachlässigten.[4]) In diesem Falle kann ein vormundschaftsgerichtliches Einschreiten gemäss § 1666 veranlasst werden.

3. Einrede des Retentionsrechtes an dem Kinde. Da Besitz an einem Menschen unmöglich ist, und das Kind

[1]) Scherer, Familienrecht, S. 328. [2]) Eckard S. 44.

[3]) Endemann S. 862; Warneyer S. 182 Anm. 6 zu § 1632 (O.L.G. Rostock 12. Februar 1901).

[4]) R G. Bd. 10 S. 113, 116, 117; Dernburg, Deutsches Familienrecht, S. 245.

nicht als Gegenstand im Sinne des § 273 Abs. 2 angesehen werden kann, so folgt daraus, dass der Beklagte, dem wegen Alimentation des Kindes ein Ersatzanspruch gegen den Kläger zusteht oder der durch das Kind geschädigt ist, ein Zurückhaltungsrecht an dem Kinde nicht ausüben darf.[1]) Der absolute Charakter der dem Kläger bezüglich des Kindes obliegenden Pflichten steht einer solchen Einrede entgegen.[2])

4. Die Einrede eines entgegenstehenden Vertrages. Es ist bereits oben dargetan, dass der Verzicht auf das Erziehungsrecht unzulässig ist, und dass ein Vertrag, durch welchen der Inhaber der Erziehungsgewalt sich des Erziehungsrechtes über sein Kind zugunsten eines Dritten begibt, rechtlich unwirksam ist. Ueber die Ausübung einer sittlichen Pflicht, als welche sich die Erziehungspflicht in erster Linie charakterisiert, kann nicht in rechtlich bindender Weise im voraus paktiert werden. „Nicht der Abschluss eines solchen Vertrages, wohl aber seine Durchführung mittels Rechtszwanges würde gegen die guten Sitten verstossen" (§ 138).[3]) Dasselbe gilt auch *in concreto* von dem Vertrage, durch welchen der Gewalthaber auf seinen Herausgabeanspruch verzichtet. Eine Berufung auf ein derartiges Abkommen würde sich daher seitens des Beklagten als eine widerrechtliche Vorenthaltung qualifizieren müssen.

Dies gilt in gleichem Masse wie gegen jeden Dritten so auch gegen eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt, in welche das Kind auf Antrag des Erziehungsberechtigten aufgenommen ist, selbst wenn durch die Statuten dieser Anstalt oder durch besondere Bestimmungen die Befugnis des Berechtigten, das Kind zurückzunehmen, ausgeschlossen sein sollte.[4])

Uebergibt der Beklagte während der Dauer des Rechtsstreites das Kind einem Dritten, so ist die Zurückführung des Kindes an den Kläger durch den Beklagten rechtlich nicht zu beanspruchen.[5]) Da dem Beklagten kein Vindi-

[1]) Staudinger S. 421.
[2]) Motive IV S. 754; Kuhlenbeck, Kommentar S. 608.
[3]) R.G. Bd. 10 S. 116; Kuhlenbeck, Kommentar S. 608.
[4]) Motive IV S. 753. [5]) Opet S. 215 Anm. 115b.

kationsrecht gegen den Dritten zusteht, so muss der Kläger seinen Anspruch mittels neuer Klage gegen den Dritten geltend machen. In diesem Falle muss aber der Beklagte die aus der gegen den Dritten gerichteten Klage entstandenen Kosten tragen,[1]) sofern er nicht besondere Umstände darlegt, die das Verbringen des Kindes an den Dritten als gerechtfertigt erscheinen lassen.[2]) Hieraus folgt auch die Unzulässigkeit des Einwandes, dass dem Beklagten das Kind von einem Dritten zur Erziehung überlassen sei, sofern der Dritte nicht ein selbständiges Recht gegenüber der Klage des Vaters hat. Ist dies nicht der Fall, so entbehrt die Uebertragung eines ihm nicht zustehenden Rechtes auf einen anderen jeder rechtlichen Wirkung.[3])

Auch die Einrede aus dem entgegenstehenden Vertrage zwischen den Eltern im Falle des Getrenntlebens der Ehegatten ist unzulässig. (Vgl. darüber unter 3. Absch., Teil I C.)

D. Die Vertretung des Kindes und die Erziehungskosten.

a) Vertretung des Kindes.

I. Die Vertretung des Kindes in den seine Person, mithin auch seiner Erziehung betreffenden Angelegenheiten, deren Notwendigkeit mitunter in Abrede gestellt wurde, weil das Kind keinen Anlass habe, in den Geschäftsverkehr zu treten,[4]) bildet nicht minder Gegenstand der Erziehungssorge, da abgesehen von dem vermögensrechtlichen Geschäftsverkehr des Kindes auch Fälle möglich sind, in denen das Kind in Ansehung der für und gegen dasselbe zur Anwendung zu bringenden Erziehungsmassregeln vertretungsbedürftig sein kann.

Eine diesbezügliche Vertretung des Kindes kann namentlich in folgenden Fällen vorkommen:

1. In strafrechtlichen Angelegenheiten. Ist das Kind selbst angeklagt, so ist der Vater in der Hauptverhandlung als Beistand zuzulassen und auf sein Verlangen zu hören.[5])

[1]) Spahn S. 90. [2]) Planck S. 390.
[3]) Scherer, Familienrecht, S. 325.
[4]) Vgl. darüber Opet S. 183 u. 184. [5]) § 149 Abs. 2 St.Pr.O.

Auch hat er das Recht, mitunter auch die Pflicht, für das Kind einen Verteidiger zu wählen.[1]) Macht die Verletzung des Kindes die Stellung eines Strafantrages nötig, so ist hierzu der Vater befugt, jedoch ist der Minderjährige, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, konkurrierend mit dem Gewalthaber zur selbständigen Stellung des Strafantrages berechtigt.[2])

Da aber die Fähigkeit, Strafantrag zu stellen, zur Erhebung der Privatklage nicht genügt, so steht nach den allgemeinen Grundsätzen über die Prozessfähigkeit die Befugnis zur Erhebung der Privatklage für den Minderjährigen nur dem Gewalthaber zu.[3])

2. Beim Abschluss von Lehrverträgen für das Kind ist ebenfalls die vertretende Mitwirkung des Vaters erforderlich. Dieselbe rechtfertigt sich als eine Erziehungshandlung dem Kinde gegenüber insofern, als sie die berufliche Ausbildung des Kindes betrifft.

3. Die Mitwirkung des Vaters ist auch erforderlich bei der Entlassung des Kindes aus dem Staatsverbande.[4]) Dem Sohn oder der Tochter kann sich eine besonders günstige Gelegenheit bieten, durch Auswanderung ihr Glück zu begründen, indem ihre im Auslande lebenden Verwandten oder andere ihnen wohlgesinnten und einflussreichen Personen für sie die Verschaffung einer erspriesslichen Stellung im Staats- oder Privatdienst in Aussicht stellen. Es gehört also zu den Obliegenheiten des Gewalthabers, zu erwägen, was für das Wohl des Kindes am Vorteilhaftesten ist, und eventuell im Interesse des Kindes den Antrag auf Entlassung aus dem Staatsverband zu stellen. Da das Recht der Aufenthaltsbestimmung ein Bestandteil der Erziehungsgewalt ist, so kommt er, wenn er im Interesse des Kindes dessen Aufenthaltswechsel durch Stellung des Antrages auf Entlassung aus dem Staatsverband herbeiführt, seinen Erziehungspflichten nach. — Die Vertretung des Vaters bezw. der Mutter, sofern ihr die Vertretungsbefugnis in den persönlichen Angelegenheiten des Kindes zusteht, kommt hier nur insofern in Be-

[1]) § 137 Abs. 2 St.Pr.O. [2]) Fraenkel S. 143, — § 65 St.G.B.
[3]) § 414 St.Pr.O. [4]) Opet S. 184.

tracht, als der Antrag für das Kind allein gestellt wird. Denn die Entlassung des Vaters erstreckt sich auch auf diejenigen Kinder, deren gesetzliche Vertretung dem Entlassenen kraft elterlicher Gewalt zusteht.[1]) Soll das Kind allein entlassen werden, so bedarf der Antrag der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.[2]) Dieses hat die Angemessenheit des Antrages vom Standpunkte des Interesses des Kindes aus zu prüfen. Verweigert es die Genehmigung, so steht dem Gewalthaber, dem Kinde, sofern es nicht geschäftsunfähig ist oder das 14. Lebensjahr vollendet hat, sowie jedem Dritten, der an der Wahrnehmung der Angelegenheit ein berechtigtes Interesse hat, die Beschwerde zu.[3])

III. Die Vetretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten ist ein Teil der persönlichen Fürsorge, unterscheidet sich aber von der Erziehungsgewalt dadurch, dass sie ausschliesslich nur von einem Elternteil ausgeübt werden kann.[4]) Bei Lebzeiten des Ehemannes ist die Mutter von der Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten ausgeschlossen (§ 1634). Die Vertretungsbefugnis ist also keineswegs mit der Erziehungsgewalt zu verwechseln, von der sie vollkommen unabhängig ist. Sie kann sogar dem Nichtinhaber der Erziehungsgewalt zustehen (§§ 1633, 1635 Abs. 2). — Grundsätzlich steht also die Vertretung des Kindes im normalen Fall, d. h. bei Lebzeiten beider Ehegatten, selbst wenn die Ehe geschieden ist, dem Ehemanne zu. Sie geht jedoch auf die Mutter über, wenn der Vater an der Ausübung der Gewalt tatsächlich verhindert ist oder die Gewalt ruht (§ 1685), oder wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist (§ 1684 Nr. 2). Ist aber im Falle der Verwirkung die Ehe nicht aufgelöst, so wird für das Kind ein Vormund bestellt, neben dem die Mutter dieselbe Stellung hat, wie sie der Ehefrau

[1]) Reichsgesetz vom 1. Juni 1870 über den Erwerb und Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit § 19 in Verbindung mit E.G. zum B.G.B. Art. 41 III.

[2]) Daselbst § 14a. Vgl. E.G. zum B.G.B. Art. 41 II.

[3]) § 20, 59, 57 Abs. 1 Nr. 9 Freiw.G.G.

[4]) Mayer S. 150.

gemäss § 1634 zukommt. Die Vertretung übernimmt also der Vormund (§ 1698). Dasselbe gilt, wenn der geschäftsunfähige, in der Geschäftsfähigkeit beschränkte oder der gebrechliche Vater einen Pfleger erhalten hat.

Nach dem Tode oder der Todeserklärung des Ehemannes geht die Vertretungsbefugnis auf die Mutter über, sobald sie unbeschränkte Inhaberin der elterlichen Gewalt geworden ist. Wird ihr aber wegen Minderjährigkeit oder für den Fall der Wiederverheiratung ein Vormund beigeordnet, so ist nur dieser zur Vertretung des Kindes befugt.

b) Die Erziehungskosten.

Die Kosten der Erziehung regelt § 1610. Hiernach fallen sie nicht in den Kreis der Erziehungspflichten, sondern sie sind ein Bestandteil der natürlichen Alimentationsverpflichtung, so dass sie auch unter Umständen von den unterhaltspflichtigen Verwandten zu tragen sind.[1]) Dies wird namentlich dann der Fall sein, wenn die Eltern des noch erziehungsbedürftigen Kindes nicht mehr am Leben sind oder wegen völliger Mittellosigkeit ausser stande sind, für eine angemessene Erziehung des Kindes zu sorgen. Die durch die Verwandtschaft begründete natürliche und sittliche Pflicht bringt es mit sich, dass in Ermangelung der Eltern die übrigen Verwandten für die Erfüllung dieser Pflicht zu sorgen haben.[2]) In Betracht kommen hier die Kosten namentlich für die Ausbildung des Kindes zu einem bestimmten Lebensberufe. Was im einzelnen dazu gehört, lässt sich nicht allgemein entscheiden, dies hängt vielmehr von den besonderen Umständen ab (vgl. darüber namentlich oben unter B, b, 2, „Die berufliche Vorbildung"). Für den Umfang der Kostentragung werden einerseits die Lebensstellung der Eltern, andererseits ihre Vermögensverhältnisse massgebend sein müssen. Die Eltern sind verpflichtet, das Kind standesgemäss zu erziehen; dementsprechend wird sich auch ihre Verpflichtung zur Kostentragung hierfür gestalten müssen.[3]) Zur Erfüllung dieser Pflicht können die Eltern

[1]) Fraenkel S. 132. [2]) Motive IV S. 696.
[3]) Warneyer S. 178 Anm. 1 zu § 1610.

unter Umständen durch vormundschaftsgerichtliches Einschreiten gemäss § 1666 rechtlich angehalten werden. Sind daher die Eltern vermögend, so müssen sie auch die Kosten für das Universitätsstudium des Sohnes tragen. Diese Verpflichtung erstreckt sich aber nicht auf das Universitätsstudium allein: wenn der Vater zulässt, dass sein Sohn Medizin studiert, ist er auch verpflichtet, ihm die Mittel zur Erlangung der Doktorwürde zu gewähren.[1]) Die Eltern haben zwar das Recht, nach freiem Ermessen über die Berufswahl des Sohnes bezw. der Tochter Bestimmungen zu treffen, hierbei dürfen sie aber nicht ihre Erziehungspflichten gröblich vernachlässigen, indem sie entgegen den Interessen des Kindes demselben die zur Erlangung einer angemessenen und standesgemässen Ausbildung erforderlichen Mittel vorenthalten. Die Lebensstellung des Erziehungsbedürftigen ist jedoch nicht massgebend für den Umfang der Verpflichtung zur Kostentragung durch die Eltern, vielmehr sind die Vermögensverhältnisse der Eltern in Betracht zu ziehen, und danach muss beurteilt werden, inwieweit sie der Lebensstellung des Sohnes Rechnung zu tragen haben.[2]) Von seinen unbemittelten Eltern kann der Abiturient des Gymnasiums nicht die Weitergewährung von genügenden Subsistenzmitteln verlangen, um sich einem Universitätsstudium widmen zu können.

Die Motive IV S. 696 (§ 1488) heben die Taufkosten besonders hervor. Die II. Kommission hat jedoch diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen, da die Taufe bei den christlichen Religionsgemeinschaften zu den religiösen Erziehungshandlungen gehöre und mithin einen Bestandteil der Erziehung überhaupt bilde.[3])

Es muss noch folgendes besonders hervorgehoben werden. Da die Erziehungskosten nicht auf Grund der Erziehungsgewalt zu tragen sind, sondern einen Bestandteil der Unterhaltspflicht bilden, so ist die Verpflichtung zur Tragung derselben keineswegs an die Voraussetzung der Ausübung der

[1]) Scherer, Das Dritte Jahr, S. 373 Nr. 505 III b. (O.L.G. Dresden 9. Juli 1902).

[2]) Planck S. 365.

[3]) Protok. IV S. 492.

Erziehungsgewalt geknüpft. Hiernach fallen sie dem geschiedenen für allein schuldig erklärten Ehegatten auch hinsichtlich der der mütterlichen Fürsorge unterstehenden Kinder zur Last.

Teil II.

Aufsichtsrecht des Staates.

Die elterliche Gewalt hat eine vormundschaftliche Grundlage. Wie der Vormund, so haben auch die Eltern in erster Linie die Interessen des schutzbedürftigen Kindes wahrzunehmen, vor allen Dingen haben sie aber die Erziehung ihrer minderjährigen Kinder in einer der Sitte, der Moral und der gesetzlichen Bestimmung entsprechenden Weise zu leiten. In der Regel unterliegen die Eltern in Ausübung ihrer Erziehungsgewalt keinen Beschränkungen; indessen kommt der vormundschaftliche Charakter der elterlichen Gewalt darin zum Ausdruck, dass der Staat das Recht und die Pflicht hat, die Beschützung derjenigen Personen, welche sich selbst zu schützen nicht vermögen, zu übernehmen und mit aufmerksamem Auge die Art und Weise zu verfolgen, in welcher sich die mit der Erziehung Betrauten ihrer Aufgabe entledigen. Der Staat hat also das Recht und die Pflicht, die Erziehungshandlungen der Berechtigten zu beaufsichtigen und zu überwachen, aber nur in der Weise, dass darunter die väterliche Autorität nicht zu leiden brauche, und durch willkürliches Eingreifen die innigsten Familienbande nicht gelockert werden. Diese Aufsicht ist daher nicht als eine ständige zu denken, vielmehr kommen ihre Wirkungen nur in ganz bestimmten Fällen zur Geltung. Der Vater kann sich nämlich der ihm kraft Gesetzes und des natürlichen Verhältnisses zukommenden Rechte unwürdig zeigen,[1]) indem er sich einer an dem Kinde begangenen strafbaren Handlung schuldig macht, oder er kann sich mit den ihm obliegenden Erziehungspflichten in Widerspruch setzen. Im ersten Fall tritt die Verwirkung der elterlichen

[1]) Kruchen S. 85.

Gewalt in vollem Umfange, also einschliesslich des Erziehungsrechtes, ein, im zweiten Falle werden durch die staatlicherseits hierzu bestellten Organe die zur Beseitigung der Gefahr erforderlichen Massregeln getroffen.

A. Die Verwirkung des Erziehungsrechts.

a) Der Vater[1]) verwirkt die elterliche Gewalt, wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird (§ 1680).

I. Die Verwirkung, welche sich auf den ganzen Inhalt der elterlichen Gewalt, also auch auf das Erziehungsrecht erstreckt, tritt unter folgenden Voraussetzungen ein:

1. Der Vater muss wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich begangenen Vergehens verurteilt sein. Es hat also nicht jedes an dem Kinde begangene Delikt die Verwirkung, vielmehr muss seitens des Vaters ein Verbrechen oder vorsätzlich an dem Kinde begangenes Vergehen vorliegen. Zur Herbeiführung der Verwirkung genügt also nicht eine sonstige strafbare Handlung, z. B. eine Uebertretung oder ein fahrlässiges Vergehen. Die hier in Betracht kommenden strafbaren Handlungen müssen ferner „an“ dem Kinde verübt worden sein, d. h. das Verbrechen oder Vergehen muss die Person des Kindes unmittelbar betroffen haben; eine mittelbar gegen das Kind gerichtete strafbare Handlung, mag auch durch dieselbe das Kindesrecht schwer verletzt sein, reicht nicht aus.[2]) Die elterliche Gewalt wird also nicht verwirkt, wenn der Vater das Kindesvermögen unterschlägt oder zugunsten des Kindes eine Urkundenfälschung begeht.[3]) Der I. Entwurf hatte den Ausdruck „wegen eines gegen das Kind oder an dem Kinde“

[1]) Auch hier ist der Wortlaut des Gesetzbuchs unzureichend, denn aus denselben Gründen wie der Vater verwirkt auch die Mutter die elterliche Gewalt.

[2]) Hallbauer S. 98.

[3]) Scherer, Das Dritte Jahr, S. 384 Nr. 511 X. (O.L.G. Karlsruhe, 23. April 1902.) Vgl. Lobes Zentralblatt S. 57.

verübten Verbrechens etc. . . vorgeschlagen, und die Motive[1]) äussern hierzu: „Es können hier nur solche strafbaren Handlungen in Frage kommen, welche, weil sie gegen das Kind oder an dem Kinde begangen sind und nach den konkreten Umständen sich als ein schwerer Verstoss gegen die Rechtsordnung und das Sittengesetz darstellen, den sicheren Schluss rechtfertigen, dass die natürliche Grundlage der elterlichen Gewalt, ein der Natur und dem Sittengesetze entsprechendes Verhältnis zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und dem Kinde, zerstört ist und die Fortdauer der elterlichen Gewalt infolge der durch die strafbare Handlung an den Tag gelegten Gesinnung des Inhabers der elterlichen Gewalt gegenüber dem Kinde mit dem Interesse des letzteren unverträglich sein würde". — Die II. Kommission hat den vom I. Entwurf gewählten Ausdruck die gegenwärtige kürzere Fassung . . . „an dem Kinde" . . . verliehen, ohne jedoch dadurch eine sachliche Abweichung vom I. Entwurf zu beabsichtigen. Demnach qualifizieren sich zur Begründung der Verwirkung sowohl solche Verbrechen und Vergehen, welche unmittelbar gegen die Person des Kindes gerichtet sind, als auch diejenigen, welche ein anderes Rechtsgut des Kindes verletzen.[2]) Es kommen daher namentlich folgende in Betracht: Vorsätzliche Körperverletzung (§§ 223 ff. St.G.B.), Versuch eines Verbrechens wider das Leben (§§ 211 ff. St.G.B.), Vergiftung (§ 229 St.G.B.), Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, namentlich Blutschande, unzüchtige Handlungen, widernatürliche Unzucht, Kuppelei (§§ 173, 174 Nr. 1, 175, 176, 177, 181), Verbrechen und Vergehen in bezug auf den Personenstand (§ 169 St.G.B.), Aussetzung (§ 221 Abs. 2 St.G.B.). — Staudinger[3]) erwähnt noch Einsperrung, Nötigung, Bedrohung und Beleidigung. Auch bei diesen strafbaren Handlungen können wohl Umstände vorliegen, welche die Verwirkung als gerechtfertigt werden erscheinen lassen, sollte dies jedoch nicht der Fall sein, dann hat das Vormundschaftsgericht immer noch Gelegenheit zum Einschreiten gemäss § 1666.

[1]) Motive IV S. 838. [2]) Planck S. 432. [3]) Staudinger S. 477.

2. Eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1680 ist, dass die verhängte Strafe auf Zuchthaus oder auf Gefängnis von mindestens sechsmonatiger Dauer laute. Hiermit erklärt sich Fuld,[1]) soweit es die Gefängnisstrafe anbetrifft, nicht einverstanden. Bei der bekannten Neigung der deutschen Strafgerichte zur Verhängung mildester Strafen würde sich der Richter wohl in den seltensten Fällen entschliessen, über den schuldigen Vater oder die schuldige Mutter eine sechsmonatige Gefängnisstrafe auszusprechen. Da der Satz viel zu hoch bemessen sei, so würde der vom Gesetz beabsichtigte Zweck wohl schwer zu erreichen sein. Er schlägt daher die Herabsetzung der vom Gesetz vorgesehenen Gefängnisstrafe von sechs auf drei Monate vor.[2]) Dagegen ist folgendes einzuwenden. Es ist wohl nicht anzunehmen, dass der Richter, oder vielmehr in diesem Falle das Richterkollegium, bei der Prüfung der Sachlage, vor allen Dingen wo es sich um einen schweren Verstoss gegen das Natur- und Sittengesetz handelt, sich durch milde Rücksichten werde leiten lassen. Mag der Richter auch sonst seinen menschlichen Gefühlen freien Lauf lassen, in diesem Falle wird er das gefährdete Interesse des Kindes zu schützen bestrebt sein, anstatt dem unwürdigen Verhalten des Vaters oder der Mutter durch seine Milde Vorschub zu leisten. Andererseits soll aber dadurch, dass die Verwirkung an die vom Gesetz vorgesehene Festsetzung der Höhe der Strafzumessung auf die Dauer von sechs Monaten geknüpft ist, der Möglichkeit eines willkürlichen Eingriffes in die natürlichen Rechte des Gewalthabers seitens des Richters vorgebeugt werden. Leichtere Verfehlungen des Vaters sollen aber nicht tiefgreifende Folgen nach sich ziehen, sollen nicht genügen, um eine vollständige Zerstörung und Zerrüttung innigster Familienbande herbeizuführen. Damit aber auch diese Verfehlungen nicht ungeahndet bleiben, hat das Vormundschaftsgericht das Recht, gemäss § 1666 einzuschreiten und durch Vornahme entsprechender Massregeln den dem Wohle und den Interessen des Kindes dienlichen Zustand zu schaffen.

[1]) Fuld S. 437. [2]) Fuld S. 445 Nr. 9.

Der Standpunkt des B.G.B. ist also durchaus zu billigen. Hat der Vater an dem Kinde mehrere Delikte verübt, so entscheidet die Höhe der Gesamtstrafe, wenn auch für die einzelnen Handlungen geringere als sechsmonatige Gefängnisstrafen berechnet sind.[1]) Beim Zusammentreffen mit anderen nicht an dem Kinde begangenen Delikten entscheidet dagegen über den Eintritt der Verwirkung nicht die Gesamtstrafe, sondern die Einzelstrafe, welche für das an dem Kinde verübte Verbrechen oder Vergehen als Einsatzstrafe angesetzt ist.[2]) Lautet diese Einsatzstrafe nicht auf Zuchthaus oder auf Gefängnis von mindestens sechs Monaten, so ist die Verwirkung ausgeschlossen; in diesem Falle kann jedoch wiederum das Vormundschaftsgericht genügenden Grund zum Einschreiten gemäss § 1666 haben.[3]) Dasselbe würde der Fall sein, wenn infolge eines Versehens des Strafrichters in dem Urteil die Festsetzung der Einsatzstrafe unterblieben ist, weil dann aus dem Urteil die Art und die Höhe der für die einzelne Straftat bemessenen Strafe nicht ersichtlich ist, mithin die für den Eintritt der Verwirkung erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind. Ist durch das Urteil ein Teil der erkannten Strafe durch die erlittene Untersuchungshaft als verbüsst erklärt, so kommt diese Abrechnung für die Berechnung der ganzen Dauer nicht in Betracht.[4]) Sass daher der Angeklagte acht Monate in Untersuchungshaft, und ist in der Hauptverhandlung auf sechs Monate Gefängnis gegen ihn erkannt worden, welche Strafe durch die Untersuchungshaft für verbüsst erklärt ist, so übt dies auf den Eintritt der Verwirkung des Erziehungsrechts keinen Einfluss. — Umgekehrt ist die Verwirkung ausgeschlossen, wenn die Gefängnisstrafe auf fünf Monate lautet, obwohl der Angeklagte bereits sechs Monate in Untersuchungshaft verbracht hatte.

3. Ist das Strafverfahren wegen Abwesenheit oder Geisteskrankheit des Angeklagten undurchführbar, oder wird das Verfahren gemäss § 208 St.P.O. vorläufig eingestellt, so ist die Anwendbarkeit des § 1680 ausgeschlossen, was natürlich

---

[1]) Planck S. 432. [2]) Staudinger S. 477. [3]) Opet S. 294.
[4]) Staudinger S. 477.

das Vormundschaftsgericht nicht hindern kann, auf Grund des § 1666 gegen den Gewalthaber vorzugehen.

4. Die Einwilligung des Kindes zur Vornahme der strafbaren Handlung ist für den Eintritt der Verwirkung nicht erforderlich. Es darf wohl ohne weiteres angenommen werden, dass das häufig auch unreife Kind, welches der unsittlichen Behandlung des Vaters sich willig hingibt, die zur Erkenntnis des Inhalts seiner Einwilligung erforderliche Einsicht nicht besitzt, oder trotz inneren Widerstrebens sich der Autorität des Vaters zu widersetzen nicht wagt.[1])

II. Die Verwirkung der elterlichen Gewalt tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein (§ 1680 Abs. 2). Legt also der Vater das Rechtsmittel der Revision ein, so ist ihre Voraussetzung an den Erlass des verwerfenden Revisionsurteils geknüpft. Die Verwirkung braucht in dem Strafurteil nicht besonders ausgesprochen zu werden, sie erfolgt *eo ipso* kraft Gesetzes. Das erkennende Gericht hat jedoch gemäss § 50 Freiw. G.G. das zuständige Vormundschaftsgericht hiervon zu benachrichtigen, welches seinerseits die erforderlichen Massnahmen zu treffen, namentlich aber die Vormundschaft über das Kind gemäss § 1773 einzuleiten hat, wenn die elterliche Gewalt nicht auf die Mutter übergeht.

Da die Verwirkung schon auf Grund rechtskräftiger Verurteilung eintritt, so folgt daraus, dass es gleichgültig ist, ob die Strafe in der Tat verbüsst ist. Deshalb werden ihre Wirkungen nicht gehemmt, wenn sich auch der Verurteilte der Strafverbüssung durch Flucht entzieht, die Strafvollstreckung verjährt ist, oder die Strafe auf dem Gnadenwege erlassen wird.[2])

Wird auf Grund eines Wiederaufnahmeverfahrens der Vater freigesprochen, oder durch das erneute Verfahren zu einer geringeren als sechsmonatigen Gefängnisstrafe verurteilt, so erlangt er dadurch seine elterliche Gewalt wieder, und zwar mit der Wirkung nach rückwärts — *ex tunc.* — Opet[3]) hält in diesem Falle für die Rückerlangung der durch Verwirkung eingebüssten elterlichen Gewalt eine entsprechende

[1]) Opet S. 294. [2]) Planck S. 433. [3]) Opet S. 295.

Erklärung des Vaters dem Vormundschaftsgericht gegenüber, wie dies bei dem für tot erklärten Vater nach seiner Rückkehr zutrifft, für erforderlich. Da dies jedoch im Gesetze nirgends ausgesprochen ist, so dürfte wohl hier die Analogie des ersten, die Verwirkung hervorrufenden Verfahrens anzuwenden sein. Demnach würde wohl durch das nunmehr erkennende Gericht von der Aufhebung des ersten Urteils das Vormundschaftsgericht von Amts wegen zu benachrichtigen sein, welches wiederum seinerseits den Vater in seine früheren Rechte einsetzen müsste.

III. 1. Die Verwirkung hat den Verlust der elterlichen Gewalt in vollem Umfange, also was für uns von Interesse ist, auch des Erziehungsrechtes zur Folge. Die elterliche Gewalt erlischt für alle Zeiten, sie lebt nicht wieder auf, auch wenn der Vater wegen guter Führung begnadigt wird. An Stelle des unwürdigen Vaters wird ein Vormund bestellt, der die Interessen des Kindes wahrzunehmen, mithin auch für eine entsprechende Erziehung des Kindes zu sorgen hat. In der Stellung der Mutter tritt infolge der Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater keine Aenderung ein.[1]) Ihr steht das Erziehungsrecht neben dem Vormund in gleicher Weise zu, wie nach § 1634 neben dem Vater (§ 1698); bei Meinungsverschiedenheit geht also die Stimme des Vormunds vor. Gegen die Uebertragung der elterlichen Gewalt bei bestehender Ehe auf die Mutter sprechen wichtige Bedenken, da der Einfluss, welchen der Vater seiner ganzen Stellung nach auf die Mutter ausübt, für eine segensreiche Erziehung des Kindes von den schlimmsten Folgen sein könnte.[2]) Abgesehen davon würde beim Vorhandensein mehrerer Kinder in der Ehe die rechtliche Stellung der Mutter ihren Kindern gegenüber eine ungleiche sein, was durch Bestellung eines Vormundes vermieden wird. In solchem Falle dürfte wohl im Einverständnis mit dem Vormund eine Unterbringung des Kindes in einer geeigneten Familie, einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt durch das Vormundschaftsgericht angeordnet werden, da das weitere Zusammenwohnen des Kindes

[1]) **Kuhlenbeck, Kommentar S. 647 Anm. 4 zu § 1684.**

[2]) **Motive IV S. 840, 755.**

mit dem unwürdigen Vater die Besorgnis der Gefährdung des Kindes als gerechtfertigt erscheinen lassen müsste.

Die elterliche Gewalt geht dagegen ohne jede Beschränkung auf die Mutter über, wenn die Ehe aufgelöst ist (§ 1684 Abs. 1 Nr. 2), gleichviel ob die Verwirkung vor oder nach Auflösung der Ehe eingetreten ist.[1]) (Vgl. hierzu 3. Abschnitt Teil I B. VIII.) In beiden Fällen dürfte wohl dem Vater der persönliche Verkehr mit dem Kinde nicht gänzlich untersagt sein, sofern das Vormundschaftsgericht bezw. der Vormund nach Prüfung der Sachlage die Ueberzeugung gewonnen haben, dass daraus keine Gefährdung der Interessen des Kindes zu befürchten stehe. Ein Anrecht darauf hat jedoch der Vater nicht.[2]) — Stand dem Vater nur das Erziehungsrecht zu, so findet der § 1680 ebenfalls Anwendung. In diesem Falle unterscheidet sich aber die Verwirkung des Erziehungsrechtes von der Entziehung desselben auf Grund des § 1666 dadurch, dass die Verwirkung des Erziehungsrechtes nicht rückgängig gemacht werden kann, höchstens aber nur durch ein freisprechendes Urteil im Wiederaufnahmeverfahren, während die Massnahmen des Vormundschaftsgerichts bei Wegfall der sie erforderlich machenden Umstände wieder aufgehoben werden können.

2. War die Mutter alleinige Inhaberin der elterlichen Gewalt und verwirkt sie dieselbe auf Grund des § 1680, so gelangt die Erziehungsgewalt in die Hände des zu bestellenden Vormunds allein. — Erleidet die Mutter bei bestehender Ehe die im § 1680 vorgesehene Strafe, so fällt das ihr gemäss § 1634 neben dem Vater zukommende Recht auf Mitwirkung bei der Erziehung fort. Auf die Stellung des Vaters dem Kinde gegenüber hat dieser Fall keinen Einfluss, vor allen Dingen wird aber für die von der Erziehung ausgeschlossene Mutter kein Vertreter bestellt. Verwirken dagegen beide Elternteile die elterliche Gewalt, so muss das Kind unter Vormundschaft gestellt werden, dem nun die ganze Erziehungssorge allein anheimfällt.

---

[1]) Staudinger S. 478; Knitschky S. 159.

[2]) Planck S. 433.

3. Die Verwirkung bezieht sich nicht auf andere der elterlichen Gewalt unterstehenden Kinder, sondern sie tritt nur demjenigen Kinde gegenüber ein, gegen welches sich der Vater vergangen hat.[1]) Sollte jedoch durch das Verhalten des Vaters das Wohl der übrigen Kinder gefährdet sein und ihre Erziehung darunter leiden, so kann durch das Vormundschaftsgericht die Erziehungsgewalt auch hinsichtlich der übrigen Kinder dem Vater auf Grund des § 1666 entzogen werden, ohne dass er zugleich die ihm sonst auf Grund der elterlichen Gewalt zustehenden Befugnisse, z. B. das Recht auf Nutzniessung, einzubüssen braucht.

IV. Ueber die Vertretung des Kindes im Falle der Verwirkung vgl. oben Teil I. unter D. a. II.

b) Dies waren Fälle der Verwirkung der elterlichen Gewalt wegen krimineller Verurteilung des Vaters. Die Verwirkung der elterlichen Gewalt, also auch des Erziehungsrechtes, kanna ber auch wegen Verletzung zivilrechtlicher Vorschriften erfolgen.

Die Eingehung einer Ehe zwischen Adoptiveltern und Adoptivkindern oder deren Abkömmlingen ist nach § 1311 während des Bestehens des durch die Annahme begründeten Rechtsverhältnisses unzulässig. Wird trotzdem zwischen diesen Personen eine Ehe geschlossen, so verwirkt, wenn die Ehe nichtig ist, der Adoptivvater die ihm über das minderjährige Adoptivkind zustehende elterliche Gewalt in demselben Umfange wie auf Grund des § 1680 (§ 1771 Abs. 2), mithin auch das Erziehungsrecht.[2]) Beruht jedoch die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel, und ist die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen, so bleiben die bisherigen Rechte des Adoptivvaters hinsichtlich seiner elterlichen Gewalt unberührt. Ob durch diese logische Rechtskonsequenz auch dem Rechtsbewusstsein im vollen Masse entsprochen wird, dürfte wohl zum Mindesten als zweifelhaft hingestellt werden. Jedenfalls verletzt der Adoptivparens durch diese nunmehr an keinerlei unmittelbaren Nachteile

---

[1]) Knitschky S. 242; Dernburg, Deutsches Familienrecht, S. 267.

[2]) Kruchen S. 84.

geknüpfte Eheschliessung seine sittliche Elternpflicht aufs schwerste.[1])

[Im Anschluss hieran mag es dem Verfasser gestattet sein, eine Frage aufzuwerfen, deren Beantwortung, um nicht vom Thema zu weit abzuschweifen, hier nicht erfolgen soll: Sind durch den Abschluss einer im § 1771 erwähnten Ehe nicht die Voraussetzungen für den Tatbestand der §§ 173, 174, Abs. 1, Nr. 1 St.G.B. gegeben?]

B. Eingreifen des Vormundschaftsgerichts in das elterliche Erziehungsrecht.

a) Voraussetzungen.

Wie sich die Eltern ihrer Erziehungsaufgabe zu entledigen haben, ist in ihr freies Ermessen gestellt. Das Gesetz lässt zwar dem Walten ihres sittlichen Pflichtbewusstseins freien Spielraum, beansprucht aber für die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, einzugreifen, wenn bestimmte Umstände vorliegen, welche die Interessen des Kindes gefährden oder zu gefährden geeignet sind.[2]) Wird nämlich das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, dass der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes missbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Massregeln zu treffen. (§ 1666, Abs. 1, Satz 1.)

Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts ist also an eine von folgenden Voraussetzungen geknüpft:

I. Missbrauch des Erziehungsrechts, d. h. Ausübung desselben in einer dem Erziehungszweck zuwiderlaufenden Weise. Als Beispiele hiefür nennen die Motive[3]) folgende Fälle: Misshandlung des Kindes, d. h. grundlose und ungeeignete Betätigung des Züchtigungsrechts, Verleitung desselben zum Bösen, z. B. Anhalten zum Betteln, Anstiftung zu strafbaren und unsittlichen Handlungen, Bestimmung des

[1]) Opet S. 296. [2]) Kruchen S. 90 ff.

[3]) Motive IV S. 804; Warneyer S. 187 Anm. 13 zu § 1666. (G.Ger. 23. Dezember 1901); Kuhlenbeck, Kommentar, S. 635.

Kindes zu einem den Neigungen, Fähigkeiten oder den sonstigen Verhältnissen desselben nicht entsprechenden Berufe ferner Ueberbürdung mit häuslichen und gewerblichen Dienstleistungen, eine das geistige und leibliche Wohl des Kindes gefährdende Bestimmung des Aufenthalts usw.

II. Vernachlässigung des Kindes, d. h. Ausseracht-lassen der bei der Erziehung des Kindes zu übenden Sorge, indem die Eltern den ihnen durch die Erziehungsgewalt auferlegten Verbindlichkeiten gar nicht oder nur unvollkommen nachkommen.[1]) Diese Vernachlässigung kann in Betracht kommen bei der Sorge für das leibliche Wohl des Kindes durch unzureichende Verpflegung desselben in Krankheitsfällen,[2]) durch mangelhafte Gewährung des Unterhalts, der Kleidung, bei der Sorge für das geistige Wohl durch ungehörige und nicht standesgemässe Leitung der allgemeinen und beruflichen Vorbildung, ferner durch Unterlassung der erforderlichen Beaufsichtigung,[3]) durch Nichtanhalten des Kindes zum Schulbesuch,[4]) so dass das Kind Gefahr läuft, Analphabet zu bleiben. Darin, dass der gewährte Unterhalt oder Unterricht, ohne den standesgemässen Anforderungen zu entsprechen, nur das Niveau des Notdürftigen erreicht, dürfte noch nicht der Tatbestand der Vernachlässigung des Kindes im objektiven Sinne zu erblicken sein, vielmehr würde sich dies nur unter Umständen als Verletzung der den Eltern obliegenden Alimentationspflicht darstellen. (Vgl. jedoch dazu die Ausführungen unter B, b, I., Teil I dieses Abschnittes.) Der reiche Bankier setzt z. B. für seinen studierenden Sohn ein für seine Vermögensverhältnisse zu niedrig bemessenes Taschengeld von 50 Mk. monatlich aus. Glaubt der Sohn

[1]) Opet S. 202.

[2]) Warneyer S. 187 Anm. 11 zu § 1666 (K.-Ger. 28. April 1902).

[3]) Eine Vernachlässigung im Sinne des § 1666 liegt nicht schon dann vor, wenn der Vater, weil er ums tägliche Brot für sich und die Kinder arbeiten muss, die letzteren nicht genügend zu beaufsichtigen und zu erziehen vermag, sondern nur dann, wenn er in der ihm obliegenden und ihm nach den gegebenen Verhältnissen möglichen Beaufsichtigung und Erziehung nachlässig ist (K.-Ger. 6. Januar 1902); Warneyer S. 187 Anm. 9 zu § 1666.

[4]) Warneyer S. 187 Anm. 12 zu § 1666 (K.-Ger. 17. Februar 1902).

damit nicht auskommen zu können, so wird ihm das Vormundschaftsgericht nichts helfen können, da das Verhalten des Vaters an und für sich nicht als nachlässige Pflichterfüllung dem Sohne gegenüber angesehen werden kann. Der benachteiligte Sohn könnte höchstens seine Ansprüche auf Nachgewährung der noch fehlenden Unterhaltssumme auf dem Klagewege gegen den Vater geltend machen. Unterliegt auch der Vater in dem Rechtsstreite selbst, so hat das Vormundschaftsgericht noch keine Veranlassung, gegen den Vater einzuschreiten und ihm in der Erziehungssorge womöglich zu beschränken.[1])

III. Ehrloses **oder** unsittliches Verhalten der Eltern. Die Feststellung des Unterschiedes zwischen diesen beiden Begriffen stösst auf erhebliche Schwierigkeiten insofern, als eine genaue Normierung des „Ehrlosen“ und „Unsittlichen“ nicht in der Weise zu erreichen sein dürfte, dass die einmal gewonnene Begriffsbestimmung für alle im praktischen Leben vorkommenden Fälle objektiv Anwendung finden könnte. Die Grenze wird daher immer noch flüssig bleiben, solange man das Problem nach allgemeinen Regeln wird lösen wollen. Ein einigermassen ausreichendes Resultat wird man nur erzielen können, wenn man die Umstände des Einzelfalls in Betracht zieht und an der Hand der angestellten Ermittelungen sich für eine Schlussfolgerung entscheidet. Durch die im Text gewählte Fassung „ehrloses“ oder „unsittliches“ Verhalten scheint das Gesetz beide Begriffe zu koordinieren. Ob der Standpunkt des B.G.B. in dieser Hinsicht ein den philosophischen und rechtsphilosophischen Grundsätzen entsprechender ist, lässt sich weder bejahen noch verneinen. Ein unehrliches Verhalten braucht sich nicht zugleich als ein unsittliches darzustellen, und umgekehrt lassen sich Fälle konstruieren, in denen beide Faktoren eng miteinander verbunden sind. Es ist also durchaus zu billigen, wenn das Gesetz beide Faktoren koordinierend nebeneinander stellt und das Vorhandensein eines von beiden für genügend erachtet, um damit gewisse Rechtsnachteile zu verknüpfen. Bei beiden Begriffen handelt es sich jedenfalls um ein tadelns-

[1]) Opet S. 202 Anm. 78.

wertes und von der Rechtsordnung gemissbilligtes Verhalten. — Ehrlos ist dasjenige Verhalten, welches ein bestimmter Kreis von Gesellschaftsgenossen insofern als unzulässig bezeichnet, als es sich mit den in dieser Gesellschaftsschicht herrschenden Ansichten über den Ehrbegriff in Widerspruch setzt und dadurch die Würde des einzelnen Genossen herabsetzt.[1]) Diese Begriffsbestimmung ist jedoch noch nicht erschöpfend genug, da innerhalb einer Volksschicht verschiedene Gesellschaftsklassen nebeneinander bestehen, von denen jede für die Beurteilung des Ehrbegriffes einen verschiedenen Massstab anwendet. Es muss also auch dies berücksichtigt werden. Es braucht aber eine kriminelle Verurteilung, welche die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nach sich zieht, z. B. Begehung eines Hochverrats, nicht ohne weiteres ein ehrloses Verhalten im Sinne des § 1666 enthalten, und umgekehrt kann eine Handlung den Charakter der Ehrlosigkeit tragen, trotzdem im Strafverfahren nicht zugleich auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt wird, z. B. Erpressung.

Dasselbe gilt auch für den Begriff des „unsittlichen" Verhaltens. Dies ist ein weiterreichender Begriff, insofern als die Entscheidung darüber, ob ein Verhalten sich als unsittliches qualifiziert, nicht von dem Urteil einer bestimmten Volksklasse, sondern von der Moralanschauung der Gesamtheit abhängt.[2]) Die sittlichen Anschauungen unterlagen zu den verschiedenen Zeiten bei verschiedenen Völkern einer abwechselnden Beurteilung; der anzuwendende Massstab muss daher in erster Linie ein zeitgemässer sein. Ferner ist es aber auch nicht erforderlich, dass das hier behandelte unsittliche Verhalten mit einem Sittlichkeitsdelikt zusammenfällt. Als unsittliches Verhalten stellt sich z. B. unverbesserliche Trunksucht, Ergreifung eines schimpflichen Gewerbes (Prostitution) usw. dar, trotzdem das Strafgesetz dagegen nicht einschreitet; andererseits kann aber jemand ein strafrechtliches Sittlichkeitsdelikt begehen, z. B. durch

[1]) Süssheim in Grünhuts Zeitschrift S. 491 ff.

[2]) Opet S. 204.

Eingehung einer bigamischen Ehe, ohne zugleich dem Vorwurf eines unsittlichen Verhaltens zu begegnen.

Das Vorliegen der unter I., II. und III. erwähnten Fälle genügt noch nicht an und für sich, um ein vormundschaftsgerichtliches Einschreiten als gerechtfertigt erscheinen zu lassen, vielmehr kommt es darauf an, ob eine von diesen Voraussetzungen das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet oder zu gefährden im stande ist. Dass aber das Kind bereits Schaden gelitten hat, ist nicht erforderlich.[1]) Während bei den unter I. und II. erwähnten Fällen die Handlung oder Unterlassung des Inhabers der Erziehungsgewalt sich unmittelbar gegen die Person des Kindes richten muss, braucht das ehrlose oder unsittliche Verhalten nicht direkt das Kind zu treffen, es genügt, dass andere Personen darunter zu leiden hatten. Dadurch unterscheidet sich eben das vormundschaftsgerichtliche Einschreiten von der Verwirkung des Erziehungsrechtes kraft Gesetzes (§ 1680), aber selbstverständlich ist es nicht ausgeschlossen, dass, sobald die Art oder Höhe der Strafe für ein „an“ dem Kinde verübtes Verbrechen oder Vergehen für den Tatbestand des § 1680 nicht ausreicht, sodann das Vormundschaftsgericht genügenden Anlass zur Entziehuug des Erziehungsrechtes gemäss § 1666 hat.

Die Haltung des Erziehungsleiters muss so beschaffen sein, dass nur durch das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts der Gefahr vorgebeugt werden kann, dass der Missbrauch des Erziehungsrechtes, die Vernachlässigung des Kindes oder das schlechte Beispiel des Erziehenden einen verderblichen Einfluss auf das Kind übt.[2]) Diese Haltung braucht sich aber nicht in wiederholten Vorgängen zu äussern, es genügt auch eine einmalige Handlung des *parens,* sofern durch dieselbe das Kindeswohl so verletzt ist, dass daraus für die Zukunft das Schlimmste zu besorgen steht. Umgekehrt würde eine einmalige Ueberschreitung der Er-

[1]) Süssheim in Grünhuts Zeitschrift S. 500.

[2]) Planck S 419; Warneyer S. 187 Anm. 17 zu § 1666 (K.-Ger. 21. Mai 1900).

ziehungsgewalt noch nicht ausreichen,[1]) um dem Vater wegen einer unbedachten, vielleicht in Erregung vollzogenen Tat seine heiligsten Rechte bezüglich des Kindes zu entziehen, sofern das Verhalten des Vaters, seine sonstige Führung und Charaktereigenschaft im übrigen so beschaffen sind, dass ein vormundschaftsgerichtliches Einschreiten mit seinen tiefgreifenden Folgen nicht erforderlich ist. Allgemeine Regeln lassen sich hierfür ebensowenig aufstellen, wie für das Erziehungsrecht überhaupt, massgebend werden daher immer die konkreten Umstände sein. Eine gehörige Tracht Prügel ist einem rohen, die väterlichen Befehle missachtenden Burschen gegenüber sehr wohl am Platze, ohne dass dadurch dessen körperliches Wohl gefährdet zu werden brauchte; die Abhaltung des studierenden Sohnes vom Konzert- und Theaterbesuch, etwa durch Nichtgewährung von entsprechenden Geldmitteln, braucht nicht die Befürchtung wachzurufen, dass dadurch sein geistiges Wohl vernachlässigt werde; ebensowenig kann eine Gefährdung des Kindes nach irgend welcher Richtung hin darin erblickt werden, dass der Vater seine Kartenschulden nicht bezahlte und sich dadurch mit dem Ehrenkodex in Widerspruch setzte, oder dass er gelegentlich einmal die unsittliche Handlung beging, in angetrunkenem Zustande nach Hause zu kommen. Diese und ähnliche Fälle würden noch nicht schwerwiegend genug sein, um das Vormundschaftsgericht zur Ergreifung entsprechender Massregeln berechtigen zu können. Das Kind würde erst dann des vormundschaftsgerichtlichen Schutzes bedürfen, wenn der Vater bedeutend über das Mass einer angemessenen Züchtigung hinausginge und das noch im zarten Alter befindliche Kind ohne jede Veranlassung und in regelmässig sich wiederholenden Fällen in der Weise misshandelte, dass eine gedeihliche körperliche Entwickelung des Kindes unter solchen Umständen ausgeschlossen wäre; wenn der reiche Kaufmann dadurch, dass er seinem begabten Sohne eine standesgemässe Bildung versagte und ihn Tagelöhner werden liesse, seine Erziehungspflichten in grober Weise vernach-

[1]) **Soergel, Rechtsprechung 1900/01 S. 197 § 1666 Anm. b (O.L.G. Stuttgart 1. März 1901); Kuhlenbeck, Kommentar S. 635.**

lässigte; wenn der Vater seinem Kinde dadurch ein schlechtes Beispiel gibt, dass er seine Ehefrau das schimpfliche Gewerbe einer öffentlichen Dirne ergreifen lässt,[1]) oder wenn er ein unsittliches Verhalten dadurch zur Schau trägt, dass er täglich in betrunkenem Zustande[2]) nach Hause kommt und dort seine Frau in roher Weise misshandelt usw.

b) Massregeln des Vormundschaftsgerichts.

Da, wie oben dargetan, das blosse Vorliegen der unter I., II. und III. erwähnten Fälle ein vormundschaftsgerichtliches Einschreiten noch nicht rechtfertigen kann, so muss sich die Prüfung des Vormundschaftsgerichts einerseits darauf erstrecken, ob diese Umstände vorliegen, andererseits darauf, ob sie das leibliche oder geistige Wohl des Kindes gefährden oder zu gefährden im stande sind. Vor der Entscheidung, durch welche das Erziehungsrecht entzogen oder beschränkt wird, sollen der Vater und auch andere Verwandte, insbesondere die Mutter oder Verschwägerte des Kindes gehört werden, sofern die Anhörung nicht untunlich ist oder ohne erhebliche Verzögerung und unverhältnismässige Kosten nicht geschehen kann (§ 1673).

In der Wahl der zu ergreifenden Massregeln ist das Vormundschaftsgericht keinen Beschränkungen unterworfen, es hat aber nur die zur Abwendung der Gefahr „erforderlichen“ Massregeln zu treffen (§ 1666 Abs. 1 Satz 2), vor allen Dingen darf es aber nicht weiter gehen, als das Bedürfnis und der Erziehungszweck es erfordern.[3]) Fühlen sich daher der Vater, die Mutter, die sonstigen Verwandten des Kindes oder auch andere Personen, welche an der Wahrnehmung der betreffenden Angelegenheit ein berechtigtes Interesse haben, durch die getroffene Anordnung des Vor-

---

[1]) Auch der Umstand, dass der Vater eine Frauensperson in den Hausstand, den er mit seinen heranwachsenden Kindern teilt, aufnimmt und mit ihr in Anstoss erregender Weise verkehrt, genügt für die Anwendung des § 166 (K.-Ger. 29. Mai 1901); Scherer, Das zweite Jahr S. 245 Anm. 2 zu Nr. 1069.

[2]) Warneyer S. 187 Anm. 16 zu § 1666 (K.-Ger. 1. Oktober 1900).

[3]) Planck S. 420.

mundschaftsgerichts benachteiligt, so steht ihnen, sowie dem über 14 Jahre alten Kinde selbst ein Beschwerderecht zu. (§§ 19, 57 Nr. 9, 59 Freiw. G.G.)

Die Massregeln des Vormundschaftsgerichts können sich namentlich nach zwei Seiten hin erstrecken, indem das Gericht sich für die Beschränkung oder für die völlige Entziehung des Erziehungsrechtes entscheidet, und im letzteren Falle nötigenfalls eine Zwangserziehung anordnet.

a) Beschränkungen des Erziehungsrechts.

I. Die dem Vormundschaftsgericht gemäss § 1666 zustehenden Befugnisse bezwecken in erster Linie nicht, das zwischen Vater und Kind bestehende natürliche und sittliche Verhältnis zu zerstören, das Vormundschaftsgericht hat vielmehr die Aufgabe, die infolge des pflichtwidrigen Verhaltens des Vaters hervorgerufenen Uebelstände durch Vornahme entsprechender Massregeln zu beseitigen.[1])

Ist das leibliche oder geistige Wohl des Kindes nur nach einer Richtung hin gefährdet, während im übrigen der Erziehungszwang sich in einer angemessenen Weise vollzieht, so wäre es ungerechtfertigt, wenn diese Umstände genügen sollten, um das Kind dem Bereich der elterlichen Atmosphäre zu entziehen und die Leitung der Erziehung einem anderen zu übertragen. — Das Vormundschaftsgericht hat daher zu erwägen, ob der durch sein Eingreifen bezweckte Erfolg nicht auf eine andere, gütliche Weise zu erzielen sei. Zunächst hat es aber an den pflichtvergessenen Vater oder die nachlässige Mutter eine wohlwollende Mahnung ergehen zu lassen,[2]) die ein Gebot oder Verbot enthielte, z. B. das Gebot, das Kind zum regelmässigen Schulbesuch anzuhalten, für eine standesgemässe Ausbildung und genügende berufliche Vorbildung des Kindes zu sorgen, oder das Verbot, den Sohn bei einem schlechten Lehrmeister länger in der Lehre zu belassen, die Tochter zu einer ihr widerstrebenden Heirat zu

[1]) **Scherer, Das dritte Jahr** S. 383 Anm. Vc zu Nr. 511 (O.L.G. Hamburg 25. Oktober 1902). Nähere Ausführung hierüber in Lobes **Zentralblatt S. 118, 119.**

[2]) **Süssheim in Grünhuts Zeitschrift** S. 501.

zwingen, das Kind zu Dienstleistungen im Haushalte anzuhalten, die seine körperlichen Kräfte übersteigen oder mit seiner gegenwärtigen Lebensstellung und mit dem Erziehungszweck unverträglich sind u. dgl. —

Dies findet jedoch nur unter der Voraussetzung Anwendung, dass der Verstoss gegen die Erziehungspflichten ein geringfügiger ist, und der dadurch herbeigeführte Uebelstand durch die vom Vormundschaftsgericht angeordneten Massnahmen beseitigt werden kann, und zwar in dem Masse, dass für die Befürchtung der Gefährdung des Kindeswohls in Zukunft kein Raum bleibt. Eine Gewährleistung hierfür wird in der Regel die sonstige Führung des Vaters bieten können, die jedoch für den Fall ausgeschlossen sein dürfte, wenn ein ehrloses oder unsittliches Verhalten des Vaters Gegenstand der vormundschaftsgerichtlichen Massnahmen geworden ist. Die durch ein solches Verhalten des Vaters dem Kinde drohenden Gefahren sind in der Regel so gross, dass sie durch eine einmalige Ermahnung seitens des Vormundschaftsgerichts wohl schwerlich zu beseitigen wären.

II. 1. Bleibt auch sonst der dem Kinde auf diese Weise gewährte Schutz erfolglos, so kann das Vormundschaftsgericht zu weiteren Massregeln schreiten, insbesondere kann es aber den Gewalthaber das Erziehungsrecht entziehen.

In diesem Falle wird für das Kind zur Wahrnehmung der dem Vater abgesprochenen Funktionen ein Pfleger bestellt (§ 1909). In der Stellung der Mutter dem Kinde gegenüber tritt hierdurch keine Aenderung ein, ihr steht das Erziehungsrecht neben dem Pfleger in gleicher Weise wie in dem normalen Falle gemäss § 1634 neben dem Vater zu (§ 1698). Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Pfleger und Mutter geht also die Stimme des ersteren vor. Infolge der Entziehung des Erziehungsrechtes verliert jedoch der Vater nicht die übrigen aus der elterlichen Gewalt fliessenden Rechte, z. B. die Vermögensverwaltung. Es ist daher eine Kollision zwischen Vater und Pfleger denkbar insofern, als einerseits die Person, andererseits das Vermögen des Kindes in Betracht kommt. Der Sohn, der der Erziehungsleitung eines Pflegers anvertraut ist, will eine Uni-

versität beziehen, der Vater will ihn jedoch das dazu nötige Geld nicht hergeben. In diesem Falle entscheidet über eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem Pfleger und dem Vater das Vormundschaftsgericht (§ 1629). Das Vormundschaftsgericht kann aber entweder nur der Meinung des Vaters oder des Pflegers beitreten, nicht aber eine dritte abweichende Entscheidung treffen.[1] Anderer Meinung ist freilich Scherer,[2] welcher dem Vormundschaftsgericht die Befugnis einräumt, unabhängig von den entgegengesetzten Wünschen des Vaters und des Pflegers nach eigenem Gutdünken die Angelegenheit des Kindes zu regeln.

2. Wird gemäss § 1666 der Mutter das Erziehungsrecht entzogen, so werden dadurch die Rechte des Vaters nicht berührt, nur verliert die Mutter die ihr nach § 1634 zustehenden Befugnisse, neben dem Vater in der Erziehungssorge tätig zu sein, ohne aber, dass an Stelle der Mutter ein Pfleger bestellt wird. Dieser Fall dürfte jedoch in der Praxis sehr selten vorkommen. Der Einfluss, den in dem Eheleben ein Ehegatte auf den andern übt, dürfte sich wohl auch auf die Erziehung der Kinder erstrecken. Ist nur die Mutter diejenige, die in dieser Hinsicht ein Verschulden trifft, so ist der Vater wohl in den seltensten Fällen im stande, trotz des Verhaltens der Mutter bei der Erziehung die richtige Grenze innezuhalten.[3] Das Vormundschaftsgericht wird daher in den meisten Fällen Veranlassung haben, auch gegen den Vater vorzugehen. In diesem Falle sind weitergehende Massregeln des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

β) Die Zwangserziehung.

Als die praktisch wichtigste Massregel nennt das Gesetz die Unterbringung des Kindes zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie, einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt (§ 1666 Abs. 1 Satz 2).

Ueber die Entstehungsgeschichte der Vorschriften des § 1666 vgl. die Ausführungen bei Staudinger, a. a. O. S. 459, sowie bei Münsterberg III. Erg.-Bd. a. a. O. S. 348 ff.

[1] Staudinger S. 412; Opet S. 210. [2] Scherer, Familienrecht S. 424.
[3] Süssheim in Grünhuts Zeitschrift S. 501.

Nach Art. 135 E.G. zum B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangserziehung Minderjähriger unberührt. Die Zwangserziehung ist jedoch, unbeschadet der Vorschriften der §§ 55, 56 des Strafgesetzbuches, nur zulässig, wenn sie von dem Vormundschaftsgericht angeordnet wird. Die Anordnung kann ausser den Fällen der §§ 1666, 1838 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur erfolgen, wenn die Zwangserziehung zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendig ist.

Die Zwangserziehung wird demnach teils nach dem Reichsrecht, teils nach dem Landesrecht geregelt.

Dass die Zwangserziehung auch auf Antrag der Eltern angeordnet werden kann, ist schon oben Teil I unter B, c, 2 erwähnt worden.

Im übrigen regeln sich die die Zwangserziehung betreffenden Massnahmen nach folgenden Gesichtspunkten hin.

I. Nach dem Reichsrecht.

1. Die Vorschriften des B.G.B.

In bezug auf die materiellen Voraussetzungen der Zwangserziehung sind die Bestimmungen des B.G.B. massgebend.[1]) Hiernach ist die Zwangserziehung nur zulässig, wenn eine von den unter I., II. oder III. B. a) Teil II dieses Abschnittes erwähnten Voraussetzungen gegeben ist. Das B.G.B. spricht ausser im Falle des § 1666 noch an einer anderen Stelle von der Zwangserziehung, nämlich im § 1838. Dies kommt jedoch für die vorliegende Aufgabe nicht in Betracht, da diese nur von dem elterlichen Erziehungsrecht handeln soll. Der § 1838 findet nur Anwendung auf Kinder, die unter vormundschaftlichem Erziehungsrechte stehen, was bei Lebzeiten eines der beiden Elternteile nur selten der Fall ist, z. B. infolge der Verwirkung der elterlichen Gewalt auf Grund des § 1680. Immerhin darf auch die Zwangserziehung des § 1838 nur auf Grund des Vorliegens der Voraussetzungen des § 1666 angeordnet werden.

[2]) Münsterberg III. Erg.-Bd. S. 348.

Die Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles des Kindes durch Missbrauch des Erziehungsrechtes, durch Vernachlässigung des Kindes und durch unehrliches oder unsittliches Verhalten des Erziehungsgewalthabers kann nur auf ein Verschulden des Gewalthabers zurückgeführt werden. Die Anordnung der Zwangserziehung nach dem B.G.B. ist daher von dem Verschulden des Erziehungsberechtigten abhängig.[1] Da die Zwangserziehung nur auf Grund einer vormundschaftlichen Anordnung zulässig ist, so hat auch das Vormundschaftsgericht zu prüfen, welcher Weg in dem besonderen Falle eingeschlagen werden soll. Wie erwähnt, nennt das Gesetz drei Formen der Unterbringung, nämlich bei einer geeigneten Familie, in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt. Die Voranstellung der Unterbringung in einer Familie entspricht den neueren Anschauungen über die Vorzüge der Familienerziehung vor der Anstaltserziehung.[2] Diese Voranstellung spricht auch dafür, dass der Gesetzgeber in erster Linie an eine Familienerziehung gedacht hatte. Dem Kinde darf infolge der Pflichtwidrigkeit seiner Eltern die Wohltat des Familienlebens nicht entzogen werden. Der wohltuende Umgang in einer sittlichen Familie vermag viel eher das Andenken des Kindes an das schlechte Beispiel der Eltern zu verwischen als die stramme Disziplin und die nackten und inhaltsleeren Regeln einer Erziehungsanstalt. Andererseits kann aber eine Familienerziehung mit Nachteilen für das Kind verknüpft sein. Nur wenige Menschen sind so uneigennützig, dass sie ein fremdes Kind wie ein eigenes wohlwollend behandeln und in erster Linie dessen Interesse befolgen. Im praktischen Leben kommen nicht selten Fälle vor, wo solche Kinder stiefmütterlich behandelt werden, wo die Erziehungseltern das ihnen anvertraute Kind als eine einträgliche Erwerbsquelle betrachten und dessen Arbeitskraft in egoistischer Weise ausnutzen, ohne sich weiter um das Wohl und noch viel weniger um eine segensreiche Erziehung des Kindes zu kümmern. Immerhin wäre die Familienerziehung

[1] Münsterberg III. Erg.-Bd. S. 349; Soergel, Rechtsprechung 1900/01 S. 197 § 1666c. (K.Ger. 29. Mai 1901).

[2] Münsterberg III. Erg.-Bd. S. 349.

vom idealen Standpunkte aus zu empfehlen, wenn sie in die richtigen Hände gelangen könnte. Daher verlangt auch das Gesetz, dass die Unterbringung nur in einer „geeigneten" Familie angeordnet werde. Das Vormundschaftsgericht hat daher zu prüfen, welche Art der Unterbringung für das Wohl des Kindes am erspriesslichsten ist. Zu diesem Zwecke soll auch den Verwandten des Kindes Gelegenheit gegeben werden, sich darüber zu äussern; es soll auch die Beihilfe des Waisenrats und des Pflegers in Anspruch genommen, ihre Vorschläge in Erwägung gezogen werden. Dies wird namentlich der Fall sein müssen, wenn es sich um das Aufsuchen einer geeigneten Persönlichkeit, welcher die Erziehung anvertraut werden kann, handeln wird.[1])

Da der Eingriff in die Elternrechte so bedeutungsvoll sei, dass über ihn nur durch die Beratung und Entscheidung mehrerer Richter verfügt werden dürfe, empfiehlt Fuld, die Entscheidung über die Entziehung des Erziehungsrechtes dem Landgericht zu übertragen.[2]) Gegen diesen Vorschlag ist vom juristischen Standpunkte aus nichts einzuwenden, er stösst jedoch auf nicht unbedeutende praktische Bedenken. Wie oben erwähnt, entscheidet der Vormundschaftsrichter nicht nur auf Grund des Vorliegens nackter Tatsachen, sondern unter Mitwirkung verschiedener anderer Personen, namentlich aber des Pflegers und des Gemeindewaisenrats, die mit den Privatverhältnissen des betreffenden Kindes besser vertraut sind, als drei, wenn auch sehr gelehrte Richter, und die daher am besten wissen müssen, welche Massregeln für das Wohl des Kindes am zweckdienlichsten seien. Sollte aber die Entscheidung des Vormundschaftsrichters den Wünschen und Absichten der beteiligten Personen nicht entsprechen, so steht ihnen ja ein Beschwerderecht zu, worüber sodann vor einem Richterkollegium entschieden wird.

Wie schon früher erwähnt, unterscheidet sich die Entziehung des Erziehungsrechts von der Verwirkung desselben dadurch, dass die letztere ein für alle Male der Wiedereintritt der elterlichen Rechte ausschliesst, während die Entziehung

[1]) Knitschky S. 217. [2]) Fuld S. 435.

jederzeit durch einen entsprechenden Beschluss des Vormundschaftsgerichts wieder rückgängig gemacht werden kann, sobald das das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts veranlassende Verhalten des Gewalthabers nachträglich ein derartiges geworden ist, dass ihm die Erziehung des Kindes wieder anvertraut werden kann, ohne dass eine nochmalige Gefährdung des Kindes befürchtet zu werden braucht.[1]) Dasselbe gilt auch für die Zwangserziehung. Das Vormundschaftsgericht ist bezüglich der Dauer derselben an keinen bestimmten Zeitraum gebunden;[2]) es kann namentlich unbeschadet des Beschwerderechts der beteiligten Personen die Zwangserziehung bis zur erreichten Volljährigkeit des Kindes fortdauern lassen, andererseits kann es aber auch, wenn der Erziehungszweck erreicht ist, die Entlassung des Kindes schon vor diesem Zeitpunkte anordnen. Das letztere wird wohl meistens der Fall sein, namentlich da der Zögling zu einem bestimmten Berufe vorbereitet werden muss, es sei denn, dass in der Erziehungsanstalt selbst hierzu hinreichende Gelegenheit geboten wird.

Ueber die Art und die Weise der Durchführung der Zwangserziehung enthält das B.G.B. keine besonderen Bestimmungen. Art. 135 Abs. 1 besagt, dass die Entscheidung, ob die Zwangserziehung überhaupt stattzufinden hat, dem Vormundschaftsgericht zustehe.[3]) In Anlehnung daran hängt die nähere Regelung dieser Materie von den besonderen Vorschriften der einzelnen Landesgesetze ab.

Zurzeit sind folgende landesgesetzlichen Verordnungen erschienen:[4])

1. Herzogtum Anhalt: Gesetz, betreffend die Zwangserziehung Minderjähriger, vom 21. März 1899.

2. Grossherzogtum Baden: Gesetz, die Zwangserziehung und die Bevormundung durch Beamte der Armenverwaltung betreffend, vom 16. August 1900.

---

[1]) Süssheim in Grünhuts Zeitschrift S. 501.

[2]) Staudinger S. 461.

[3]) Enneccerus-Lehmann S. 531.

[4]) Becher, Ausführungsgesetze a. a. O.

3. Herzogtum Braunschweig: Gesetz, betreffend die Zwangserziehung Minderjähriger, vom 12. Juni 1899.

4. Freie Hansestadt Bremen: Gesetz, betreffend die Zwangserziehung jugendlicher Personen, vom 18. Juli 1899.

5. Grossherzogtum Mecklenburg-Schwerin: Verordnung vom 9. April 1899 betreffend die Zwangserziehung Minderjähriger.

6. Grossherzogtum Mecklenburg-Strelitz: Verordnung, betreffend die Zwangserziehung Minderjähriger, vom 9. April 1899.

7. Königreich Preussen: Gesetz über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger, vom 2. Juli 1900.

8. Grossherzogtum Sachsen-Meiningen: Gesetz vom 19. August 1899 betreffend die Zwangserziehung.

9. Fürstentum Schaumburg-Lippe: Gesetz, betreffend die Zwangserziehung Minderjähriger vom 30. Juni 1899.

10. Fürstentum Schwarzburg-Sondershausen: Zwangserziehungsgesetz vom 29. Juli 1899.

11. Königreich Württemberg: Gesetz, betreffend die Zwangserziehung Minderjähriger von 9. Dezember 1899.

2. Zwangserziehung auf Grund des Str.G.B.

Die bisher behandelten Fälle betrafen die Zwangserziehung infolge des Verschuldens des Gewalthabers. Auch ohne solches Verschulden kann eine Zwangserziehung angeordnet werden, nämlich wenn das Kind sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat. Massgebend sind hierfür die Bestimmungen des § 55 in Verbindung mit Art. 34 II. E G. zum B.G.B., und § 56 Str.G.B.

§ 55 Str.G.B.: „Wer bei Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden. Gegen denselben können jedoch nach Massgabe der landesgesetzlichen Vorschriften die zur Besserung und Beaufsichtigung geeigneten Massregeln getroffen werden. Die Unterbringung in eine Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt kann nur erfolgen, nachdem durch Beschluss des Vormundschaftsgerichts die

Begehung der Handlung festgestellt und die Unterbringung für zulässig erklärt ist."

§ 56 Str.G.B.: „Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besass. —

In dem Urteile ist zu bestimmen, ob der Angeschuldigte seiner Familie überwiesen oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden soll. In der Anstalt ist er so lange zu behalten, als die der Anstalt vorgesetzte Verwaltungsbehörde solches für erforderlich erachtet, jedoch nicht über das vollendete 20. Lebensjahr."

Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts äussert sich bei der Anordnung der Zwangserziehung gegen das straffällige Kind in verschiedener Weise.

Im Falle des § 55 Str.G.B. hat das Vormundschaftsgericht selbst die strafbare Handlung des Kindes festzustellen und sodann zu erklären, ob die Unterbringung zulässig ist.

Im Falle des § 56 Str.G.B. entscheidet nicht das Vormundschafts-, sondern das Strafgericht im Urteil selbst über die Art der Unterbringung. Die Anordnung der Zwangserziehung kann aber sowohl hier wie im ersten Falle nur vom Vormundschaftsgericht ausgehen.[1])

Der Unterschied zwischen diesen beiden Fällen kommt auch dahin zur Geltung, dass, soweit es auf eine Familienerziehung ankommt, der strafunmündige einer fremden Familie übergeben wird, während der wegen mangelnder Verstandsreife freigesprochene Jugendliche auch seiner Familie überwiesen werden kann; die über einen Jugendlichen angeordnete Zwangserziehung kann also nur in einer dazu bestimmten Anstalt zur Ausführung gelangen. Dies ist jedoch nur Folge der wörtlichen Auslegung des § 56, in der Praxis werden in verschiedenen Staaten durch besondere Reskripte die Behörden ermächtigt, derartige Personen auch an Privatanstalten, Privatvereine oder an geeignete und zu-

[1]) Fraenkel S. 133.

verlässige Privatpersonen mit denselben Massgaben, wie bei der Unterbringung in einer Besserungsanstalt, zu überweisen.[1])

Die auf Grund der materiellen Voraussetzungen des B.G.B. angeordnete Zwangserziehung unterscheidet sich von der strafrechtlichen ferner auch dadurch, dass dort die Grenze nicht genau abgesteckt ist, so dass die Zwangserziehung unter Umständen bis zur erreichten Volljährigkeit dauern kann, während hier nach den besonderen landesgesetzlichen Vorschriften die Dauer an eine bestimmte, wenn auch in den verschiedenen Staaten wechselnde Altersgrenze, die jedoch nicht, wie nach § 56 Abs. 2 St.G.B., das 20. Lebensjahr überschreiten darf, geknüpft ist.

Im übrigen vgl. über die Zulässigkeit, Art, Dauer und Kosten[2]) der Zwangserziehung nach den einzelnen Landesgesetzen Münsterberg a. a. O. Bd. II S. 1003—1007 und III. Erg.-Bd. S. 346—348.

II. Nach dem Landesrecht.[3])

Nach dem B.G.B. ist die Zwangserziehung zulässig, wenn infolge des Verschuldens des Gewalthabers die materiellen Voraussetzungen des § 1666 gegeben sind. Daneben kann auch reichsrechtlich ohne Verschulden des Gewalthabers die Zwangserziehung über ein Kind, das sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, unter der Voraussetzung der §§ 55, 56 St.G.B. angeordnet werden. Dort war für die Anordnung der Zwangserziehung vorzugsweise das Interesse des schutz- und erziehungsbedürftigen Kindes massgebend, hier greift der Staat in das elterliche Erziehungsrecht nicht nur aus Gründen des öffentlichen Wohles ein, sondern er befolgt damit auch zugleich einen Strafzweck. Unmittelbare Veranlassung zur Ergreifung dieser Zwangsmassregeln bildete ein schuldhaftes Verhalten entweder des *parens* oder des Kindes. Aber auch unabhängig von dem Verschulden auf irgend einer Seite ist der Landesgesetzgebung die Befugnis eingeräumt, die Zwangserziehung zu-

[1]) Münsterberg Bd. II S. 1006.

[2]) Deutsche Juristen-Zeitung Nr. 12, 1903 S. 293, 294.

[3]) Vgl. darüber auch Dernburg, Deutsches Familienrecht § 76.

zulassen, wenn dieselbe zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens des Kindes notwendig ist[1]) (Art. 135 Satz 2 E.G. zum B.G B.). Der Zweck dieser darauf basierenden Zwangserziehung zielt dahin, der Verwilderung der heranwachsenden Jugend vorzubeugen.[2]) Die Verwahrlosung des Kindes wird in den meisten Fällen wohl auf die Nachlässigkeit der Eltern in Erfüllung ihrer Erziehungspflichten zurückzuführen sein, namentlich auf die mangelnde Ueberwachung des Umganges des Kindes, auf das schlechte Beispiel in dem ehelichen Leben der Eltern usw. Dies sind jedoch Gründe, welche ein vormundschaftsgerichtliches Einschreiten gemäss § 1666 zur Folge haben müssen. Hier handelt es sich darum, Eltern, die ihrer Erziehungsaufgabe überhaupt nicht gewachsen sind, oder aber mit Rücksicht auf ihre Berufsgeschäfte, wenn auch ohne ihr Verschulden, ihre Pflichten zu erfüllen nicht im stande sind, die Leitung der Erziehung zu nehmen und dieselbe anderen geeigneten Personen oder Anstalten anzuvertrauen. Voraussetzung ist jedoch, dass sich bei dem Kinde unzweideutige Symptome sittlicher Verwahrlosung zeigen, und die Besorgnis begründet erscheint, dass bei dem Verbleiben des Kindes in der bisherigen Erziehung diese Verwahrlosung weitere Schritte machen werde.[3]) In diesem Falle kann, soweit die Landesgesetze es zulassen, unabhängig von den Vorschriften des § 1666 B.G.B. und der §§ 55, 56 Str.G.B. die Zwangserziehung vom Vormundschaftsgericht angeordnet werden.

Zu betonen ist, dass auch hier das Vormundschaftsgericht die hierzu zuständige Behörde ist. Im übrigen wird sich die Durchführung der Zwangserziehung nach den oben entwickelten Grundsätzen, namentlich aber nach den besonderen landesgesetzlichen Bestimmungen vollziehen müssen.

---

[1]) Spahn S. 106; Cosack S. 540.

[2]) Soergel, Rechtsprechung 1902 S. 194 Anm. 3 zu § 1666 (Bayr. Oberst. Landesgericht 1. Juni 1901).

[3]) Neumann, Aphoristische Streifzüge S. 19. Auch durch das schlechte Beispiel der älteren Geschwister kann für das jüngere Kind die Gefahr sittlicher Verwilderung begründet werden (Scherer, Das zweite Jahr, S. 245 Nr. 1068).

Die Landesgesetze können die Entscheidung darüber, ob der Minderjährige, dessen Zwangserziehung angeordnet ist, in einer Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt unterzubringen sei, einer Verwaltungsbehörde übertragen, wenn die Unterbringung auf öffentliche Kosten zu erfolgen hat (Art. 135 E.G. zum B.G.B.).

---

3. Abschnitt.

Wem steht das Erziehungsrecht zu?

Teil I.

Bei Lebzeiten beider Ehegatten.

A) Bei bestehender Ehe.

Stellung der Mutter.

„Neben dem Vater hat während der Dauer der Ehe die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt, unbeschadet der Vorschrift des § 1685 Abs. 1. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor“ (§ 1634).

I. Bei bestehender Ehe steht hiernach beiden Eltern das Erziehungsrecht gemeinsam zu. Wichtig ist dies für die Stellung der Mutter. Die Erziehung des Kindes ist ihr also nicht als ein von dem Ehemann ihr faktisch eingeräumtes Gebiet in die Hand gelegt, sondern ihr gebührt die Erziehungsleitung kraft Gesetzes, sie hat ein eigenes Recht darauf. Sie hat Anteil an der gesamten Erziehungssorge, also nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten bezüglich des erziehungsbedürftigen Kindes. Auf die Mutter finden daher die oben entwickelten Grundsätze in gleichem Masse wie auf den Vater Anwendung, und zwar nach jeder Richtung hin.

In Ausübung der Erziehungssorge nimmt der Vater eine bevorzugte Stellung ein, so dass das Verhältnis zwischen Vater und Mutter kein koordiniertes ist; die aus der Er-

ziehungsgewalt entspringenden Rechte und Befugnisse stehen der Mutter nur „neben“ dem Vater zu, was sich aus dem natürlichen Uebergewicht des Vaters als des Hauptes der Familie erklärt.[1]) Diese Einschränkung der mütterlichen Rechte ist nach einer doppelten Richtung hin von Bedeutung: Die Mutter ist einerseits zur Vertretung des Kindes in den seine Erziehung betreffenden Angelegenheiten nicht berechtigt, andererseits entscheidet, wenn die Eltern über die Erziehungsmassnahmen uneinig sind, die Stimme des Vaters.

1. Ueber die Vertretung des Kindes in den seine Erziehung betreffenden Angelegenheiten und die Stellung der Mutter hierzu vgl. oben 2. Abschnitt Teil I D. a. II. Hervorzuheben ist hier noch, dass die Mutter nicht immer von der Vertretung ausgeschlossen ist, was auch § 1634 durch Hinzufügung der Klausel „unbeschadet der Vorschrift des § 1685 Abs. 1“ . . . ausdrücklich betont. Ist nämlich während der Dauer der Ehe der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert, oder ruht seine elterliche Gewalt, so steht die gesetzliche Vertretung des Kindes in vollem Umfange, also soweit die Erziehung es erfordert, der Mutter zu.

Abgesehen davon ist die Mitwirkung der Mutter bei der Vertretung nur in einem Falle erforderlich: Bei der Adoption des Kindes ist nämlich die Einwilligung beider Eltern, also des Vaters „und“ der Mutter einzuholen. Dies ist jedoch nicht Ausfluss des elterlichen Erziehungsrechts, sondern Folge des natürlichen Bandes der Blutsverwandtschaft, dessen Zerreissung durch ihren Widerspruch entgegenzutreten beide Elternteile das Recht haben müssen.[2])

Es sei noch bemerkt, dass durch den Ausschluss von der Vertretung das Beschwerderecht der Mutter gemäss § 20 oder § 57 Freiw.G.G. nicht betroffen ist.

2. Die zweite Einschränkung der Mutter betrifft den Vorrang des Vaters bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Ehegatten bezüglich ihrer beabsichtigten Erziehungshandlungen. Dieser Standpunkt des B.G.B. findet

---

[1]) **Motive IV S. 754.** [2]) **Knitschky S. 149.**

bei einer Reihe von Vertretern der Rechtswissenschaft keinen Beifall. Opet[1]) erblickt hier sogar „eine Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts," und meint, dass die Schwierigkeit der Meinungsverschiedenheit der Eltern durch Uebertragung der Entscheidung auf das Vormundschaftsgericht, dem § 1629 ohnehin eine analoge Kompetenz beimesse, sich hätte leicht heben lassen. Auch die elterliche Autorität würde dadurch keine Einbusse erleiden, da der bei der Berufswahl des Kindes erst zu erwartende Zwiespalt der Eltern das Erreichen einer Altersstufe durch das Kind voraussetze, auf der es den Glauben an die Allmacht der Eltern schon längst verloren habe. Fuld[2]) betrachtet dieses Ueberwiegen des väterlichen Willens als „einen Nachklang zu der früheren Ansicht (der *patria potestas*), welche dem Vater schlechthin den massgebenden Einfluss gewährte", und sieht nicht ein, „weshalb die Ansicht des Vaters die Vermutung der Richtigkeit, die der Mutter die Wahrscheinlichkeit der Unrichtigkeit für sich haben solle." Beide sind darin einig, dass man in solchen Fällen die Entscheidung dem Vormundschaftsrichter anheimgeben solle.

Obwohl dieser Vorschlag in mancher Hinsicht zu billigen wäre, so verdient er doch keinen rückhaltslosen Vorzug vor der Lösung der Frage durch das B.G.B. Mag man auch der namentlich in jüngster Zeit so sehr in den Vordergrund getretenen Frauenbewegung ihre Existenzberechtigung nicht absprechen, die durch die Natur selbst begründete sowohl geistige als auch körperliche Ueberlegenheit des Mannes über die Frau wird sich stets bewähren. Diese logische und natürliche Konsequenz muss namentlich im Eheleben und in den dasselbe betreffenden gemeinsamen Angelegenheiten, also auch bei der Regelung der Erziehungsfrage, zur vollen Geltung gelangen, ohne dass damit eine Hintansetzung des weiblichen Geschlechts bezweckt wäre. Der Gesetzgeber hat wohlweislich gehandelt, wenn er einerseits durch die dem Ehemann eingeräumte Entscheidungsstimme eine rasche Erledigung dringender Erziehungsangelegenheiten ermöglichte,

[1]) Opet S. 179, 180 Anm. 19. [2]) Fuld S. 421.

andererseits aber das Vormundschaftsgericht vor Ueberlastung mit zeitraubenden Entscheidungssachen bewahrte. Es würde zu weit führen, wenn alle Kleinigkeiten vor das Forum des Richters gebracht werden müssten, sobald z. B. die Ehegatten darüber uneinig sind, ob die Tochter bei dem Professor *X.* oder der Lehrerin *Y.* Klavierunterricht nehmen soll. Im übrigen bemerkt hierzu Endemann mit Recht: „Es ist klar, dass diese Rechtsregel nicht bedeutet: Der Mann muss die entscheidende Stimme haben. Fügt er sich der klugen Leitung der Frau, so hat das Recht zu schweigen.“[1])

Wird durch die von der Frau gemissbilligte Anordnung des Vaters das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet, so steht ja für die Mutter die Möglichkeit offen, durch Anrufung des Vormundschaftsgerichts auf Grund des § 1666 der dem Kinde ernstlich drohenden Gefahr vorzubeugen.

II. Das Verhältnis zwischen Mann und Frau ist also insofern kein koordiniertes, als die Mutter die Erziehungsgewalt nicht im Widerspruch mit der Entscheidung des Vaters ausüben darf. Ihre Stellung ist aber andererseits keineswegs eine subordinierte, so dass der Vater sie von der Mitwirkung bei der Erziehung ausschliessen, namentlich aber ihr die Gelegenheit zum persönlichen Umgange mit dem Kinde entziehen könnte;[2]) dies würde sich als Missbrauch der dem Ehemanne in den das eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zustehenden Entscheidung darstellen, welcher die Ehefrau Folge zu leisten nicht verpflichtet ist (§ 1354 Abs. 2).

Da die Mutter die Erziehungsgewalt kraft eigenen Rechtes auszuüben befugt ist, so braucht sie sich, bevor sie eine Erziehungshandlung vornimmt, nicht zuerst der Zustimmung des Ehemannes zu vergewissern: alle von ihr ausgehenden Anordnungen mit Ausschluss der Vertretung des Kindes sind voll wirksam, es sei denn, dass sie sich mit dem Willen des Vaters in Widerspruch befinden. Dies ist namentlich dann von Bedeutung, wenn die Mutter auf Heraus-

[1]) Endemann S. 698 Anm. 9. [2]) Planck S. 391.

gabe des Kindes klagt. Wenn der Gegner ihr die Einrede entgegenstellt, dass er das Kind mit Einwilligung des Vaters bei sich habe, und darum der Mutter nicht widerrechtlich vorenthalte, so hat er das Einverständnis des Vaters zu beweisen.[1])

III. Da die Erziehungsgewalt der Mutter kraft eigenen Rechtes zusteht, so richten sich die Vorschriften über die Verwirkung des Erziehungsrechts, sowie über das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gemäss § 1666 auch gegen die Mutter. Wie sich in solchen Fällen ihr Erziehungsrecht gestaltet, ist bereits an den einschlägigen Stellen genügend erörtert worden. Vgl. darüber namentlich 2. Abschnitt Teil II A. a) III. 2 und B. b) *α*. II. 2.

IV. Von besonderer Wichtigkeit ist die Feststellung, wie sich die Zuständigkeit für die Ausübung des Erziehungsrechts beim Ruhen der elterlichen Gewalt unter die Ehegatten verteilt, d. h. wenn der Ausübung der elterlichen Gewalt in der Person ihres Inhabers, und zwar sowohl des Vaters als auch der Mutter Hindernisse in den Weg treten.

Das Ruhen kann entweder aus rechtlichen (§ 1676) oder tatsächlichen (§ 1677) Gründen eintreten.

a) Aus rechtlichen Gründen ruht die elterliche Gewalt des Vaters, wenn er geschäftsunfähig ist. In dieser Hinsicht unterscheidet wiederum das Gesetz zwischen gänzlicher Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit.

α) Der Mangel der gänzlichen Geschäftsfähigkeit ist gegeben,

1. wenn sich der Vater in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist (§ 104 Nr. 2);
2. wenn er wegen Geisteskrankheit entmündigt ist (§ 104 Nr. 3).

[1]) Planck S. 391.

β) In der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist der Vater, wenn er
1. wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht entmündigt ist, oder wenn er
2. gemäss § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist (§ 114).

γ) Den unter *α)* und *β)* genannten Defekten ist der Fall gleichgestellt, wenn der Vater infolge körperlicher Gebrechen, insbesondere weil er taub, blind oder stumm ist, an der Besorgung seiner Angelegenheiten gehindert ist und infolgedessen einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten hat (§§ 1910, 1676 Abs. 2)[1]).

b) Aus tatsächlichen Gründen tritt das Ruhen ein, wenn von dem Vormundschaftsgericht festgestellt wird, dass der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist, z. B. durch überseeische Reisen, durch Haft oder Krankheit, im Kriegsfalle als Mitglied des Heeres im Feindesland usw.

Das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters hat zur Folge, dass dieselbe der Zuständigkeit nach beim Vater verbleibt, und dass nur die Ausübung derselben einem anderen übertragen wird.[2])

Die Wirkungen des Ruhens kommen demnach in bezug auf das Recht der Ausübung der Erziehungsgewalt in folgender Weise zur Geltung.

In den Fällen a) *α)* und b) geht die Ausübung des Erziehungsrechts auf die Mutter über (§ 1685 Abs. 1), und zwar in vollem Umfange einschliesslich der Vertretung des Kindes. Dem Vater steht hier überhaupt kein Anteil, auch nicht ein beschränkter, analog dem § 1634, an dem Erziehungsrechte zu. Wenn aber auch in der Person der Mutter die Voraussetzungen des Ruhens begründet sind, wenn sie das Er-

[1]) Ist ihm der Pfleger nur für seine Person oder nur für sein Vermögen bestellt, so tritt das Ruhen der elterlichen Gewalt nicht ein. (Opet S. 284; v. Zimmermann S. 19). [2]) v. Zimmermann S 13.

ziehungsrecht auf Grund des § 1680 verwirkt hat, oder dasselbe ihr gemäss § 1666 entzogen war, so muss für das Kind ein Vormund bestellt werden, dem die ganze Erziehungssorge einschliesslich der Vertretung des Kindes übertragen wird. In diesem Falle gebührt aber der Mutter gar kein Platz neben dem Vormund, wie sonst gemäss § 1698, was Opet[1]) irrtümlich annimmt, weil eben die Mutter von der persönlichen Fürsorge überhaupt ausgeschlossen ist.

Der Fall der Geschäftsunfähigkeit wegen Minderjährigkeit (§ 104 Nr. 1) kann bei dem ehelichen Vater aus den Gründen des § 1303 gar nicht in Betracht kommen, daher kann auch hier von einem diesbezüglichen Ruhen überhaupt keine Rede sein.

Ebenso tritt bei einer tatsächlichen Verhinderung von kürzerer Dauer das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters nicht ein. Hier steht der Mutter gemäss § 1634 auch ohne vormundschaftsgerichtliche Feststellung des Behinderungsfalles des Vaters die Ausübung des Erziehungsrechts zu.[2]) Kommt aber die Mutter ihren Erziehungspflichten nicht nach, so kann das Vormundschaftsgericht gegen dieselbe auf Grund des § 1666 vorgehen.[3]) Für diesen Fall dürfte wohl, falls die Vornahme einer Erziehungshandlung an dem Kinde erforderlich, aber wegen Abwesenheit etc. des Vaters sonst undurchführbar wäre, zur vorläufigen Wahrnehmung der Erziehungssorge ein Pfleger für das Kind bestellt werden.

Anders ist es beim Ruhen infolge beschränkter Geschäftsfähigkeit, also in dem Falle a) *β)*. Hier erlischt das Erziehungsrecht des Vaters nicht schlechthin, sondern es tritt nur zurück hinter das Recht desjenigen, an den nunmehr die Ausübung der Erziehungsgewalt gelangt. Im Normalfall geht die Ausübung des Erziehungsrechts gemäss § 1685 Abs. 1 auf die Mutter über. Demgemäss wechselt er mit der Mutter die Rollen in der Weise, dass er die ihr sonst gemäss § 1634 zukommende Stellung, und zwar auch wie dort ohne Vertretungsbefugnis, übernimmt. Bei einer Meinungsverschieden-

[1]) Opet S. 287.

[2]) Staudinger S. 483; v. Zimmermann S. 22.

[3]) Opet S. 288 Anm. 18.

heit geht also die Meinung der Mutter vor. Dies dürfte wohl zugleich die einzige Möglichkeit sein, wo die Mutter der vom Vater getroffenen Anordnung erfolgreich zu widersprechen vermag. — Es ist aber auch die Möglichkeit denkbar, dass die elterliche Gewalt der Mutter aus den unter a) und b) angeführten Gründen ruht, oder dass die Voraussetzungen der §§ 1666, 1680 bei ihr vorliegen. In diesem Falle kann von einem Erziehungsrecht der Mutter überhaupt keine Rede sein, und es muss für das Kind ein Vormund bestellt werden. Neben diesem erhält der Vater dieselbe Stellung, wie sie sonst die Mutter gemäss § 1634 inne hat, während hier die Mutter gänzlich ausser Betracht kommt. Der Unterschied in der Stellung des Vormunds zwischen den Fällen a), *α)* und b) und den Fällen a) *β)* (1 u. 2) kommt darin zur Geltung, dass dort der Vormund das Erziehungsrecht ohne den Vater und ohne die Mutter inne hatte, während hier zwar die Mutter gänzlich ausscheidet, aber der Vater mit dem Vormund nach Massgabe des § 1634 konkurriert.

Wird im Falle a) *γ)* für die Person und das Vermögen des Vaters ein Pfleger bestellt, so geht die Ausübung des Erziehungsrechts auf den Pfleger über, der Vater behält jedoch die sonst der Mutter nach § 1634 zukommende Stellung. Als Pfleger kann auch die Ehefrau bestellt werden[1]) (§ 1900 Abs. 2). In diesem Falle wechseln wiederum die Rollen, indem die Mutter die Ausübung des Erziehungsrechts in erster Linie erlangt, während der Vater ihr bei einer Meinungsverschiedenheit nachsteht und die Vertretungsbefugnis zu ihren Gunsten verliert. Wird jedoch als Pfleger nicht die Ehefrau, sondern ein Dritter bestellt, so entsteht ein konkurrierendes Recht zwischen Vater und Mutter bezüglich ihrer beschränkten Nebengewalt dem Pfleger gegenüber, indem beide nach Massgabe des § 1634 neben dem Pfleger zur Ausübung der Erziehungsgewalt berechtigt sind. Wer entscheidet aber bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Vater und Mutter, da beide in ihrer Stellung dem Pfleger gegenüber gleichberechtigt sind? Soll das Ueber-

[1]) Staudinger § 1915 Anm. 3 in Verbindung mit § 1910 Anm. 4.

gewicht des Ehemannes als Haupt der Familie auch hier zur Geltung kommen, oder soll etwa die Frau als körperlich gesündere und der Pflegschaft nicht bedürftige den Ausschlag geben? Das Richtige wird wohl sein, dass man die Entscheidung dem Pfleger anheim gibt.[1]) Selbstverständlich braucht in diesem Falle der Pfleger keiner von den beiden Meinungen beizutreten, vielmehr kann er unabhängig davon etwas anderes bestimmen, da der Widerspruch des Vaters oder der Mutter die von ihm getroffene oder erst beabsichtigte Anordnung nicht zu beseitigen vermag.

Das Ruhen der elterlichen Gewalt unterscheidet sich von der Verwirkung derselben dadurch, dass letztere definitiv den elterlichen Gewaltbefugnissen ein Ende setzt, während das Ruhen bei Wegfall seiner Voraussetzungen die elterlichen Rechte wieder aufleben lässt. In dieser Hinsicht kommt daher das Ruhen der Entziehung der Personensorge in manchen Punkten gleich. Bei Fortfall der das Ruhen veranlassenden Umstände erlangt daher der frühere Inhaber der Erziehungsgewalt seine Befugnisse wieder. Je nachdem aber das Ruhen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen eingetreten war, ist wiederum zu unterscheiden: im ersten Falle tritt die Geschäftsfähigkeit *ipso iure* oder, wenn der Inhaber entmündigt war, mit der Wiederaufhebung der Entmündigung ein:[2]) im zweiten Falle, also bei tatsächlicher Behinderung, vollzieht sich die Rückübertragung der Ausübungsbefugnis durch die an den Vater oder die Mutter gerichtete Bekanntmachung der Verfügung, durch welche vom Vormundschaftsgericht festgestellt wird, dass der Grund für das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters oder der Mutter nicht mehr besteht (§ 51 Abs. 2 Freiw.G.G.).[3])

B. Nach Auflösung der Ehe und was dem gleichsteht.

Das B.G.B. kennt eine Auflösung der Ehe durch Scheidung (§ 1564) und durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575). Die Wirkungen beider Arten der Auflösung der Ehe sind die gleichen, nur wird bei der Aufhebung der Ge-

[1]) Staudinger Anm. 3 zu § 1698. [2]) Knitschky S. 235.
[3]) v. Zimmermann S. 27.

meinschaft das eheliche Band als solches nicht berührt, die Gatten können jederzeit ohne weitere Förmlichkeiten die Ehe fortsetzen. Dies ist für das Erziehungsrecht insofern von Bedeutung, als die durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hervorgerufene Teilung unter die Ehegatten in die Erziehungsgewalt wieder rückgängig gemacht wird, so dass wieder die alten Zustände eintreten. Im übrigen sind die für den Fall der Scheidung geltenden Grundsätze in bezug auf die Zuständigkeit für die Ausübung der Erziehungsgewalt auch für den Fall der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft massgebend.

Die Regelung der Erziehungssorge fällt jedoch nicht in den Bereich der Aufgaben des Vormundschaftsgerichts, sondern sie erfolgt auf Grund eines gerichtlichen Urteils, und zwar treten die Wirkungen nicht erst mit Rechtskraft des Urteils ein, sondern ihr Beginn ist bereits an dessen Verkündung geknüpft.[1])

Hiernach verteilt das B.G.B., das sich auf den Standpunkt des Verschuldungsprinzips stellt,[2]) die Sorge für die Person des Kindes, das Erziehungsrecht, unter die geschiedenen Ehegatten folgendermassen:

I. Ist ein Ehegatte allein für schuldig erklärt, so fällt das Erziehungsrecht dem anderen, nicht schuldigen Ehegatten zu. Ist der Vater für schuldig erklärt worden, so gebührt das Erziehungsrecht hinsichtlich aller Kinder der Mutter; erfolgt dagegen die Scheidung unter Schuldigerklärung der Mutter, so folgen alle Kinder dem Vater. Die in normalen Verhältnissen der Mutter nach § 1634 gebührende Anteilnahme an der Erziehungsgewalt fällt hiermit fort.

Das Verschuldungsprinzip wird jedoch durchbrochen, wenn die Ehescheidung auf Grund beiderseitigen Verschuldens erfolgt. Hier verteilt sich die Erziehungsgewalt unter Berücksichtigung des Geschlechts, des Alters und des Wohles der Kinder in der Weise, dass die Mutter alle Töchter ohne Rücksicht auf ihr Alter und die Söhne bis zum vollendeten 6. Jahre erhält, während dem Vater nur die über 6 Jahre

---

[1]) Opet S. 320. [2]) Knitschky S. 153.

alten Söhne überlassen werden. Sobald jedoch der in der mütterlichen Fürsorge belassene Sohn das 6. Lebensjahr vollendet hat, muss er zur weiteren Erziehung dem Vater übergeben werden.

II. Bei der Verteilung der Kinder unter die geschiedenen Eltern ist jeder Ehegatte auf dem ihm zukommenden Erziehungsgebiet von der Einwirkung des anderen Ehegatten unabhängig. Meinungsverschiedenheiten sind also hier insoweit ausgeschlossen; sie lassen sich jedoch nicht gänzlich vermeiden. Die Scheidung der Ehe hat keinen Einfluss auf den Fortbestand der elterlichen Gewalt, soweit dieselbe sich nicht auf die Personensorge erstreckt. Dem Vater verbleibt in jedem Falle, auch wenn er allein für schuldig erklärt ist, die Verwaltung und Nutzniessung des Vermögens des Kindes und dessen gesetzliche Vertretung. Kommt es daher zwischen den geschiedenen Eheleuten zu einer Meinungsverschiedenheit einerseits hinsichtlich der Erziehung, andererseits der vermögensrechtlichen Sorge, so entsteht die Frage, wessen Stimme den Ausschlag geben soll. Das Richtige ist wohl, dem Vormundschaftsgericht eine analoge Kompetenz gemäss § 1629 beizumessen.[1]) In den die Erziehung betreffenden Angelegenheiten ist dagegen der Vater auch hinsichtlich der seiner Erziehungsgewalt nicht unterstehenden Kinder allein vertretungsberechtigt, z. B. beim Abschluss eines Lehrvertrages u. dgl.

III. Nach dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils hat das Prozessgericht, wenn ein gemeinschaftliches minderjähriges Kind der Ehegatten vorhanden ist, dem Vormundschaftsgericht Mitteilung zu machen (§ 630 C.P.O.). Dieses kann sodann eine von den oben entwickelten Grundsätzen abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten

[1]) Opet S. 322. Vgl. auch Puchelts Zeitschrift S. 654. Der Prozessweg ist bei Streit über die Kindererziehung zulässig, wenn es sich um die Rechte der Eltern untereinander in Beziehung auf die Kinder handelt; dagegen ist das Vormundschaftsgericht zuständig, wenn es sich um Wahrung des Interesses der Kinder handelt. (R.G. 9. Juni 1902, auch R.G. 3. Juli 1900, R.G. in Civils. Bd. 46 S. 168.)

ist (§ 1635 Abs. 1 Satz 2).[1]) Das Vormundschaftsgericht kann sodann, wenn der *parens*, sei es Vater oder Mutter, zur Erziehung des Kindes unfähig oder ungeeignet ist, die Erziehungssorge dem anderen, wenn auch schuldigen Ehegatten übertragen. Unter Umständen kann also auch der allein für schuldig erklärte Ehegatte das ihm auf Grund des Urteils genommene Erziehungsrecht auf Grund einer vormundschaftsgerichtlichen Anordnung wieder erlangen.[2]) Erscheint bei beiden Eltern die Besorgnis schlechter Erziehung als gerechtfertigt, so ist das Vormundschaftsgericht noch nicht befugt, für das Kind gemäss § 1909 einen Pfleger zu bestellen, wie Fraenkel[3]) irrtümlich annimmt. Das Vormundschaftsgericht kann die Erziehung nur beim Vorliegen einer der im § 1666 genannten Voraussetzungeu entziehen. Die Besorgnis schlechter Erziehung genügt jedoch noch nicht hierzu, es müssen vielmehr positive Tatsachen vorliegen. Erst, wenn diese bei beiden Eltern vorhanden sind, kann das Vormundschaftsgericht allerdings die Erziehungssorge einem Pfleger übertragen.[4]) Andererseits braucht aber kein Pfleger bestellt zu werden, wenn nur ein Ehegatte auf Grund des § 1666 zur Entziehung des Erziehungsrechts Veranlassung gibt, vielmehr wird dem anderen Ehegatten das Erziehungsrecht eingeräumt werden können, da die geschiedenen Ehegatten in ihrem Rechte tatsächlich nicht mehr konkurrieren, und der sonst bei bestehender Ehe befürchtete gegenseitige Einfluss ohne Belang sein dürfte. Vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts sollen der Vater bezw. die Mutter, sowie Verwandte und Verschwägerte des Kindes gehört werden (§ 1673). Wenn die getroffene Anordnung nicht mehr erforderlich ist, so kann sie wieder aufgehoben und der durch das Scheidungsurteil begründete Zustand wieder geschaffen werden.

[1]) Während des Rechtsstreits über das gesetzliche Erziehungsrecht ist das Vormundschaftsgericht nicht befugt, darüber Anordnungen zu treffen, wem die Sorge für die Person zukommt (Soergel, Rechtsprechung 1902, O.L.G. Stuttgart 16. August 1901).

[2]) Warneyer S. 183 Anm. 6 zu § 1635 (O.L.G. Dresden 19. Dez. 1901).

[3]) Fraenkel S. 134.

[4]) Knitschky S. 155; Planck S. 392; Staudinger S. 424.

IV. Aus der Unzulässigkeit des Verzichts auf das Erziehungsrecht ergibt sich, dass ein Vertrag, durch welchen die Eltern abweichend vom Urteil die Erziehungssorge untereinander regeln, nichtig ist. Dadurch ist aber die Möglichkeit der faktischen Ueberlassung des Kindes an den anderen Ehegatten nicht ausgeschlossen, das Kind kann aber jederzeit zurückgefordert werden, ohne dass aus der faktischen Ueberlassung eine rechtlich wirksame Einrede hergeleitet werden könnte.[1])

V. Der durch das Scheidungsurteil begründete Zustand dauert nur so lange, als die geschiedenen Ehegatten leben. Nach dem Tode eines Teiles kommen die früheren Grundsätze wieder zur Geltung.[2]) Stirbt daher die Mutter nach der Scheidung, so fällt das ihr zustehende Erziehungsrecht an den Vater zurück; der Tod des Vaters hat dagegen gemäss § 1684 Nr. 1 den Uebergang der elterlichen Gewalt, und somit auch des Erziehungsrechtes auf die Mutter zur Folge.

VI. Dasselbe gilt bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft für den Fall, dass die Ehegatten dieselbe wiederherstellen. Der Vater erlangt das ihm etwa verloren gegangene Erziehungsrecht zurück, die Mutter tritt wieder, falls sie bis dahin von der Erziehungsgewalt ausgeschlossen war, in die ihr sonst gemäss § 1634 gebührende Stellung neben dem Vater ein. Wird dagegen nachträglich auf Grund des § 1576 von einem der Ehegatten die Scheidung beantragt, so ändert sich in dem durch das Aufhebungsurteil begründeten Zustande nichts, da der für schuldig erklärte Ehegatte auch im Scheidungsurteil für schuldig zu erklären ist, mithin es bei der früheren Verteilung verbleiben muss.

VII. Geht nach der Todeserklärung des einen Ehegatten der andere eine neue Ehe ein, so ist deswegen, weil der für tot Erklärte noch am Leben ist und wiederkehrt, die geschlossene Ehe nicht nichtig (§ 1348). In Ansehung der Verteilung des Erziehungsrechtes werden aber die früheren Ehegatten so behandelt, als ob die Ehe wegen beiderseitigen

[1]) Staudinger S. 425; vgl. jedoch hierüber Kuhlenbeck, Kommentar S. 610 Anm. 3 zu § 1635.

[2]) Opet S. 320; Kuhlenbeck, Kommentar S. 611.

Verschuldens geschieden wäre. Sind daher aus der Ehe nur über 6 Jahre alte Söhne vorhanden, so folgen sie dem Vater, die Töchter dagegen und Knaben unter 6 Jahren verbleiben bei der Mutter (§ 1637). Die auf Grund des § 1697 für die Mutter vorgesehene beschränkte Nebengewalt fällt also bezüglich der der väterlichen Fürsorge zurückgegebenen Söhne fort.[1]) Wiederkehr des für tot erklärten Ehegatten hat ferner zur Folge, dass die Vormundschaft über die aus der früheren Ehe stammenden Kinder gemäss § 1882 aufhört und über sämtliche Kinder, auch die der Mutter belassenen, die elterliche Gewalt des Vaters wiederauflebt. Die Mutter verliert für diesen Fall auch das Recht, die ihrer Erziehungsgewalt unterstehenden Kinder zu vertreten.

VIII. Im Falle der Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater geht dieselbe auf Grund der Ehescheidung in der Gesamtheit ihrer Beziehungen auf die Mutter über (§ 1684 Abs. 1 Nr. 2). In diesem Falle erhält die Mutter nicht nur das Erziehungs- sondern auch das Vertretungsrecht. Wenn die Verwirkung sich nicht auf sämtliche Kinder bezieht, so verbleiben die nicht durch die Straftat des Vaters betroffenen Kinder unter dessen Erziehungsgewalt, vorausgesetzt, dass sie nach den sonst massgebenden Grundsätzen nicht der Fürsorge der Mutter anheimfallen. Dies dürfte indessen in der Praxis kaum vorkommen, vielmehr wird das Vormundschaftsgericht gemäss § 1666 genügenden Anlass haben, gegen den Vater vorzugehen und ihm das Erziehungsrecht zugunsten der geschiedenen Ehefrau zu entziehen. — Verwirkt dagegen die Mutter mit der elterlichen Gewalt das Erziehungsrecht, so geht dasselbe für sie ersatzlos verloren. Das Erziehungsrecht fällt ihr auch nach dem Tode des Vaters nicht mehr zu, für das Kind wird ein Vormund bestellt. —

Nach dem Zeitpunkte der Verwirkung durch den Vater richtet sich auch der Uebergang der Rechte auf die Mutter. Hatte der Vater die elterliche Gewalt bereits während oder vor dem Scheidungsprozesse verwirkt, so erlangt die Mutter zugleich mit der Verkündung des Scheidungsurteils die elter-

[1]) Opet S. 325.

liche Gewalt in der Gesamtheit ihrer Beziehungen; tritt die Verwirkung erst nachträglich ein, so wächst ihr die elterliche Gewalt mit dem Ausspruche des Strafurteils zu; für diesen Fall muss natürlich die über das Kind geführte Vormundschaft gemäss § 1882 aufgehoben werden.

IX. Das Ruhen der elterlichen Gewalt des geschiedenen Vaters bewirkt nicht schlechthin den Uebergang der väterlichen Befugnisse auf die Mutter, da nach den allgemeinen Grundsätzen für das Kind ein Vormund bestellt werden muss.[1]) Stellt aber die Mutter einen entsprechenden Antrag, so hat ihr das Vormundschaftsgericht die Ausübung der elterlichen Gewalt samt dem Erziehungsrecht zu übertragen;[2]) es muss aber keine Aussicht vorhanden sein, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde (§ 1685 Abs. 2). Hören trotzdem die das Ruhen herbeiführenden Umstände später auf, so fällt die Erziehungsgewalt (natürlich auch die elterliche Gewalt) wieder an den Vater zurück. Beim eingetretenen Ruhen auf Seiten der Mutter müsste das erziehungsbedürftige Kind einen Pfleger erhalten, da im übrigen die elterliche Gewalt bei dem geschiedenen Vater verbleibt; jedoch kann auch der Vater auf seinen Antrag hin in analoger Anwendung des § 1685 Abs. 2 vom Vormundschaftsgericht die Uebertragung des Erziehungsrechts auf sich verlangen.

X. Wenn die Ehe wegen Geisteskrankheit eines Ehegatten geschieden wird (§ 1569), so reicht das Verschuldungsprinzip des § 1635 nicht aus. Ist die Ehe wegen Geistes-

[1]) Opet S. 324; Fraenkel S. 131 hält in diesem Falle die Bestellung eines Pflegers für erforderlich; dies dürfte jedoch nicht anzunehmen sein, vielmehr sprechen die Gründe des § 1773 für die Bestellung eines Vormundes.

[2]) Unzutreffend ist die Entscheidung des L.G. Hamburg vom 30. Juli 1900 (Warneyer S. 190 § 1685), dass die Uebertragung der elterlichen Gewalt auf die Mutter nach § 1685 Abs. 2 eine tatsächliche, nicht eine rechtliche Verhinderung des Vaters voraussetze. Aus dem Wortlaute des Abs. 1 ist dies keineswegs zu schliessen; im Gegenteil, die tatsächliche Verhinderung des Vaters ist dort dem Ruhen seiner elterlichen Gewalt gleichgestellt. Das Ruhen kann aber sowohl als Folge rechtlicher als auch tatsächlicher Verhinderung des Vaters eintreten. Schliesslich liegt doch kein Grund vor, die Mutter in beiden Fällen ungleichmässig zu behandeln.

krankheit der Ehefrau geschieden, so fällt das ihr sonst bei bestehender Ehe gemäss § 1634 zustehende Recht auf Mitwirkung der Erziehungssorge weg, der Ehemann übt dieselbe allein aus. Beruht der Scheidungsgrund auf der Geisteskrankheit des Ehemannes, so tritt in erster Linie der gesetzliche Vertreter an dessen Stelle. Es kann aber für diesen Fall der § 1685 Abs. 2 in Verbindung mit § 1676 Abs. 1 analoge Anwendung finden.[1]) Mithin kann hier der Mutter auf deren Antrag hin die Ausübung des Erziehungsrechts durch das Vormundschaftsgericht übertragen werden (vgl. oben unter IX).

XI. Der geschiedene Ehegatte behält das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde, das der Erziehungsgewalt des anderen Ehegatten untersteht (§ 1636). Das Vormundschaftsgericht darf diesen Verkehr nicht völlig untersagen, es ist nur befugt, denselben näher zu regeln, wenn Umstände vorliegen, welche solche Regelung als wünschenswert erscheinen lassen.[2]) Vor der Entscheidung hierüber hat das Vormundschaftsgericht dem Kinde zunächst einen Pfleger zu bestellen.[3]) Das Recht auf persönlichen Verkehr ist keineswegs ein Ueberrest der verlorenen Sorge für die Person des Kindes, sondern Ausfluss des natürlichen Elternrechtes.[4]) Hieraus ergibt sich auch, dass ein Vertrag, durch den ein Ehegatte auf den Verkehr verzichtet, gegen die guten Sitten verstösst und deshalb nichtig ist (§ 138). Dies erleidet nur dann eine Ausnahme, wenn der Verzicht im Interesse des Wohles des Kindes selbst geschieht.[5])

XII. Durch die Scheidung der Ehe wird die Verpflichtung der Eltern zur Tragung der Erziehungskosten in keiner Weise berührt. Die Erziehungskosten bilden nicht einen Bestand-

[1]) **Neumann, Kommentar S. 257 § 1685 Note II a, α, γ.**

[2]) **Staudinger S. 425. Der Vormundschaftsrichter geht nicht über die Schranken seiner Befugnisse hinaus, wenn er einen mehrwöchigen Aufenthalt des Kindes bei dem anderen Ehegatten gestattet, vorausgesetzt, dass damit die Interessen des Kindes nicht im Widerspruche stehen (Soergel, Rechtsprechung 1902, S. 190 § 1636, K.-Ger. 20. August 1901).**

[3]) **Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 245 VIII.**

[4]) **Knitschky S. 159.**

[5]) **Dernburg, Deutsches Familienrecht, S. 246 IX.**

teil der Erziehungspflicht, sondern sie sind auf Grund der Unterhaltspflicht zu zahlen. In erster Linie ist daher der Vater verpflichtet (§ 1606 Abs. 2 Satz 2). Hat das Kind eigenes Vermögen, so darf der Vater hierzu den Ertrag seiner Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes aufwenden. Erst soweit dieses nicht ausreicht, der Vater auch keine Einkünfte und kein Vermögen hat, muss die Mutter einen angemessenen Beitrag aus ihren Einkünften leisten[1]) (§ 1585 Abs. 1). Dies gilt bezüglich der gemeinschaftlichen Kinder, auch wenn das Erziehungsrecht unter die Ehegatten verteilt ist. In erster Linie hat daher der Vater die aus der Erziehung erwachsenden Kosten zu bestreiten, und zwar auch bezüglich der Kinder, die der mütterlichen Erziehungsgewalt anheimgefallen sind. Umgekehrt muss die Mutter auch diejenigen Kinder, die der väterlichen Erziehungsgewalt unterstehen, auf ihre Kosten erziehen lassen, wenn dem Vater die hierzu erforderlichen Mittel fehlen. — Steht der Mutter das Erziehungsrecht zu, so braucht sie den Beitrag nicht dem Vater auszuhändigen, sondern kann denselben zurückbehalten und unmittelbar für die Erziehung des Kindes verwenden, falls bei der Erfüllung der Beitragspflicht eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts des Kindes zu besorgen wäre.[2]) Bestreitet der Vater seine Verpflichtung zur Tragung der Erziehungskosten, so kann die Mutter einen diesbezüglichen für die Zukunft gehenden Anspruch in eigenem Namen oder in Vertretung der Kinder nicht geltend machen, weil trotz des ihr zufallenden Erziehungsrechtes die Vertretung der Kinder ihrer Zuständigkeit nach beim Vater verbleibt.[3]) Für das Kind muss vielmehr ein Pfleger bestellt werden, dem nunmehr die Vertretung des Kindes im Prozesse obliegt.[4]) Als Pfleger kann jedoch in diesem Falle auch die Mutter bestellt werden.[5]) Gegen die Bestellung eines Pflegers hat

[1]) Endemann S. 690. — Vgl. darüber auch Lobes Zentralblatt S. 722—725 (O.L.G. Dresden 19. Dezember 1902).

[2]) Staudinger S. 356.

[3]) Warneyer S. 183 Anm. 12 zu § 1635 (O.L.G. Braunschweig 16. Februar 1900). [4]) Scherer, Das Erste Jahr S. 125 Nr. 401.

[5]) Scherer, Das Zweite Jahr S. 241 Anm. I zu Nr. 1051.

der geschiedene Ehemann, dem die Erziehung der Kinder nicht zusteht, das Rechtsmittel der Beschwerde.[1])

XIII. Die Uebergangsvorschriften regelt Art. 206 E.G. zum B.G.B.:

> „Ist auf Grund der bisherigen Gesetze eine Ehe geschieden oder infolge der Todeserklärung eines der Ehegatten aufgelöst oder ist auf Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett erkannt worden, so bestimmen sich das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, nach den bisherigen Gesetzen. Die Vorschriften des § 1635 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und des § 1636 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden jedoch Anwendung."

War also eine Ehe zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bereits geschieden, so gestaltet sich das Erziehungsrecht hinsichtlich der aus der geschiedenen Ehe hervorgegangenen Kinder folgendermassen:

Die Zuständigkeit, d. h. das Recht der Ausübung des Erziehungsrechts bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen mit folgenden Modifikationen:

a) Das Vormundschaftsgericht kann eine von dem bisherigen Rechte, nach welchem die Ehe geschieden und das Erziehungsrecht unter die Ehegatten verteilt war, abweichende Anordnung treffen,[2]) wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist, und es kann diese Anordnung, falls sie nicht mehr erforderlich ist, wieder aufheben (vgl. darüber das Nähere oben unter III).

b) Das Recht der Vertretung erhält nunmehr der Vater, es sei denn, dass dasselbe aus besonderen Gründen auf die Mutter übergeht, z. B. infolge der Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater (vgl. darüber oben unter VIII), oder wegen Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters gemäss § 1685 Abs. 2 (vgl. darüber oben unter IX) oder infolge einer Scheidung wegen Geisteskrankheit (vgl. darüber oben unter X).

[1]) Soergel, Rechtsprechung 1900/01. S. 192 Anm. 1 zu § 1635 (O.L.G. Dresden 22. Januar 1901).

[2]) Warneyer S. 182 Anm. 1 zu § 1635 (K.-Ger. 9. Dezember 1901).

c) War etwa nach dem bisherigen Recht der persönliche Verkehr dem Ehegatten mit den Kindern, deren Erziehungssorge dem anderen Ehegatten gebührt, nicht gestattet, so darf jetzt ein solcher Verkehr nicht untersagt werden (vgl. darüber oben unter XI).

C. Nach tatsächlicher Trennung der Ehegatten.

I. Das B.G.B. kennt nur eine Scheidung der Ehe und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Es kommt zwar im praktischen Leben vor, dass die Ehegatten getrennt voneinander wohnen, eine solche Trennung wird aber vom B.G.B. nicht anerkannt, sie kann daher auch keine rechtlichen Wirkungen erzeugen. Das Erziehungsrecht verbleibt also seiner Zuständigkeit nach bei den bisherigen Inhabern. In erster Linie gebührt es dem Vater,[1]) die Mutter ist mit einer beschränkten Nebengewalt gemäss § 1634 ausgestattet. Leben nun die Ehegatten getrennt, so einigen sie sich meistenteils auf gütlichem Wege, wer von ihnen die Erziehung ihrer gemeinschaftlichen Kinder leiten soll, und welche Kinder zu diesem Zwecke jeder von den Ehegatten bei sich behalten soll. Gegen eine solche Trennung der Ehe und Regelung des Erziehungsrechts kann das Gesetz nicht selbständig vorgehen, so lange die Ehegatten friedlich ihre vermeintlichen Rechte ausüben. Die Frage, ob sie hierzu befugt sind, wird erst von praktischer Bedeutung, wenn ein Ehegatte von dem anderen auf dem Klagewege die Herausgabe des Kindes verlangt. Richtet sich die Klage gegen die vorenthaltende Mutter, so ist dem Klageantrage unbedingt stattzugeben. Die Mutter darf sich nicht auf einen entgegenstehenden Vertrag berufen, da ein Verzicht auf das Erziehungsrecht unzulässig ist. Ein solcher Verzicht ist nicht

[1]) Warneyer S. 181 Anm. 1 zu § 1631 (O.L.G. Hamburg1 2. Januar 1901). Auch wenn die Ehefrau begründetermassen von ihrem Ehemanne getrennt lebt, steht das Erziehungsrecht in erster Linie dem Vater zu. Gegen Missbrauch seitens des Vaters schützt das gefährdete Wohl des Kindes § 1666. Ein solcher Missbrauch liegt z. B. dann vor, wenn der Vater ein erst wenige Monate altes Kind ohne zwingenden Grund der Pflege der von ihm getrennt lebenden Mutter entzieht. Vgl. Kuhlenbeck, Kommentar S. 607 (O.L.G. Stuttgart vom 11. August 1900).

nur gegenüber dritten Personen, sondern auch gegenüber dem Ehegatten unwirksam.[1]) Ein Vertrag unter Ehegatten, der einen Verzicht auf das Erziehungsrecht zum Gegenstande hat, war nach Gemeinem Recht (vgl. R.G. Bd. 17 S. 130) gültig, er findet auch bei neueren Vertretern der Rechtswissenschaft, z. B. Knitschky,[2]) Anerkennung, allein er entspricht nicht den Grundsätzen des B.G.B. und der Stellung des Vaters der Mutter gegenüber, die das ihr gemäss § 1634 zukommende Erziehungsrecht nicht vor dem Vater ausüben, mithin ihn auch an der Vornahme einer Erziehungshandlung nicht hindern darf.

Klagt dagegen die Mutter gegen den Vater, indem sie sich auf einen ihr das Erziehungsrecht einräumenden Vertrag beruft, so muss die Klage aus denselben Gründen, wie oben, abgewiesen werden. Unter Berufung auf einen derartigen Vertrag wird die Mutter als Klägerin nie obsiegen können, dagegen als Beklagte stets unterliegen müssen. Dagegen darf der getrennt lebenden Mutter das Recht, mit dem Kinde zu verkehren, nicht benommen werden.[3]) Dies folgt schon aus den allgemeinen Gründen des § 1634. Abgesehen davon, muss dieses Recht in analoger Anwendung des § 1636 der Mutter zugestanden werden. Denn wenn der geschiedenen, für schuldig erklärten Ehefrau dieses Recht nicht versagt wird, so muss es der vielleicht aus guten Gründen getrennt lebenden Mutter umsomehr zugebilligt werden. Für eine diesbezügliche Streitigkeit wird aber nicht, wie sonst im Falle des § 1636, das Vormundschafts-, sondern das Prozessgericht zuständig sein,[4]) was wiederum nach den oben entwickelten Grundsätzen die Notwendigkeit der Bestellung eines Pflegers für das Kind zur Folge haben wird.

Selbstverständlich können beim Getrenntleben der Ehegatten Umstände vorliegen, auf Grund deren der Vater von

---

[1]) Scherer, Familienrecht S. 328; Warneyer S. 182 Anm. 3 zu § 1634 (O.L.G. Hamburg 12. Juni 1901).

[2]) Knitschky S. 157.

[3]) Warneyer S. 182 Anm. 5 zu § 1634.

[4]) Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 246. Vgl. auch Warneyer S. 182 Anm. 2 zu § 1634 (O.L.G Dresden, 31. Mai 1901).

der Ausübung des Erziehungsrechts ausgeschlossen ist. In solchen Fällen wird sich die beklagte Mutter auf das ihr zustehende Erziehungsrecht berufen und die Herausgabe des Kindes rechtswirksam verweigern, andererseits aber in der Klägerrolle die Herausgabe vom vorenthaltenden Vater erwirken können.

II. Das Getrenntleben der Ehegatten kann nur in einem Falle rechtliche Wirkungen erzeugen. Schwebt nämlich zwischen den getrennt lebenden Ehegatten ein Scheidungsprozess, so kann das Gericht auf Antrag eines der Ehegatten für die Dauer des Rechtsstreits durch eine einstweilige Verfügung das Getrenntleben gestatten und zugleich wegen der Sorge für die Person des Kindes Anordnungen treffen (§ 627 C.P.O.)[1]) Damit aber auch das Vormundschaftsgericht rechtzeitig die zum Schutze des Kindes erforderlichen Massregeln seinerseits treffen könne, hat das Prozessgericht dem zuständigen Vormundschaftsgericht hiervon Mitteilung zu machen (§ 627 Abs. 3 C.P.O.). Wem die Erziehungssorge vorläufig anvertraut werden soll, hat der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden. Die Interessen des Kindes und die Rücksicht auf dessen leibliches und geistiges Wohl werden hier nach den allgemeinen Grundsätzen für den Richter eine Richtschnur sein müssen.

Dass diese an und für sich materiell-rechtliche Norm, welche, wie Endemann mit Recht bemerkt,[2]) richtiger in das B.G.B. gehörte, in der C.P.O. Aufnahme gefunden hat, dürfte sich wohl daraus erklären, dass das Prozessgericht, welches sich mit der Scheidungssache selbst befasst, eine raschere Regelung der dem Interesse des gefährdeten Kindes dienenden Massnahmen herbeiführen kann, als das Vormundschaftsgericht, welches erst auf Grund einer eingehenden Prüfung eine selbständige Entscheidung zu treffen im stande wäre.

---

[1]) Der Prozessrichter kann z. B. den Verkehr mit dem beim anderen Ehegatten befindlichen Kinde regeln. Vgl. Warneyer S. 182 Anm. 4 zu § 1634 (R.G. 28. Dezember 1901).

[2]) Endemann S. 665 Anm. 22.

Teil II.

Nach dem Tode eines Ehegatten.

A. Nach dem Tode der Mutter.

Der Tod der Mutter ist für die Frage der Zuständigkeit für die Ausübung des Erziehungsrechts ohne Belang, vorausgesetzt, dass bei Lebzeiten der Ehegatten in der Erziehungssorge der normale Zustand herrschte, d. h., dass die Ehe nicht geschieden war.[1]) Der Vater wird nunmehr alleiniger Inhaber der Erziehungsgewalt, die beschränkte Nebengewalt, wie sie gemäss § 1634 der Mutter zukam, wird nach deren Ableben erledigt. Waren dagegen die Befugnisse der Ehegatten hinsichtlich des Erziehungsrechtes nicht nach den normalen Grundsätzen geregelt, so hat das Vorversterben der Mutter die nachstehenden Modifikationen zur Folge:

I. War die Ehe geschieden, so fallen die noch im Erziehungsstadium befindlichen, der mütterlichen Fürsorge unterstehenden Kinder der väterlichen Gewalt anheim (vgl. Teil I. B. V. dieses Abschnittes). Stand aber infolge der Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater das Erziehungsrecht der geschiedenen Ehefrau allein zu, so erlangt der Vater dasselbe nicht wieder, für das Kind muss vielmehr ein Vormund bestellt werden, dem die Erziehungssorge zufällt.

II. Uebte die Mutter das Erziehungsrecht allein aus, weil die elterliche Gewalt des Vaters ruhte, so erhält das Kind einen Vormund, der dessen Erziehung zu leiten hat. Dasselbe gilt, wenn die Ehe wegen Geisteskrankheit des Vaters geschieden war.

III. War die Erziehungsgewalt dem Vater auf Grund des § 1666 entzogen und befindet sie sich in Händen eines Pflegers, so übt der Tod der Mutter auf die Stellung des überlebenden Vaters dem Pfleger gegenüber keinen Einfluss aus; der Vater tritt insbesondere nicht in die der Mutter bis dahin gemäss § 1698 zukommenden Rechte neben den

[1]) Die Wiederverheiratung des Vaters zieht nicht wie bei der Mutter den Verlust der elterlichen Gewalt nach sich; Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 271.

Pfleger ein, vielmehr übt von jetzt ab der Pfleger die Erziehungsgewalt allein aus.

IV. Kehrt der Vater, nachdem er für tot erklärt war, wieder zurück, so hört die nach dem Tode der Mutter über das Kind geführte Vormundschaft gemäss § 1882 auf, der Vater wird alleiniger Erziehungsinhaber.

B. Nach dem Tode des Vaters.

Die Bedeutung der elterlichen Gewalt und die Bezeichnung der Mutter als Mitinhaberin der elterlichen Gewalt kommt im Unterschied zu dem Institut der römischen *patria potestas,* des deutschrechtlichen Mundiums und der gemeinrechtlichen väterlichen Gewalt namentlich darin zur vollen Geltung, dass nach dem Tode des Ehemannes dessen Ehefrau die ganze Fülle der väterlichen Rechte in unbeschränktem Masse, insbesondere aber die volle und alleinige elterliche Gewalt erhält. Dem Tode des Vaters wird dessen Todeserklärung gleichgestellt. Eine praktische Folge hiervon ist, dass für die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder kein Vormund bestellt wird.

I. Nach dem Tode des Vaters erhält also die Mutter das volle Erziehungsrecht über ihre Kinder; die ihr gemäss § 1634 zustehende beschränkte Stellung nimmt hiermit ihr Ende, von jetzt ab ist sie alleinige Inhaberin der Erziehungsgewalt, ohne dass Jemand das Recht hätte, sich zu den von ihr getroffenen Anordnungen erfolgreich in Widerspruch zu setzen. — War die Ehe geschieden, so geht auch für diesen Fall die elterliche Gewalt auf die überlebende Mutter über; dadurch erlangt sie auch die Erziehungsgewalt über diejenigen Kinder, welche bei Lebzeiten des Vaters unter dessen Fürsorge standen.

II. Diese Folgen sind jedoch an die Voraussetzung geknüpft, dass in der Person der Mutter keine Gründe gegeben sind, welche derselben bereits während des Bestehens der Ehe das Erziehungsrecht unzugänglich machten. Dies kommt nach einer doppelten Richtung hin in Betracht:

1. Hatte die Mutter bereits bei Lebzeiten des Vaters die elterliche Gewalt aus den Gründen des § 1680 verwirkt,

so lebt diese nach dem Tode des Vaters in ihrer Person nicht mehr auf. Das Kind bekommt einen Vormund, die Mutter ist von dem Erziehungsrecht, das von dem Vormund ausschliesslich gehandhabt wird, definitiv ausgeschlossen. Sind mehrere Kinder vorhanden, so geht die elterliche Gewalt nur hinsichtlich derjenigen Kinder auf die Mutter über, die durch die Straftat nicht verletzt sind.[1]) Ueber diese Kinder erhält also die Mutter das volle Erziehungsrecht ohne jede Einschränkung.

2. War der Mutter das Erziehungsrecht nach § 1666 entzogen, so geht nach dem Tode ihres Ehemannes die elterliche Gewalt auf die Mutter zwar über, aber ohne das Erziehungsrecht. Um die Erziehung zu leiten, wird für das Kind ein Pfleger bestellt. Der Ausschluss der Mutter von der Erziehung ist aber kein endgültiger, das Vormundschaftsgericht kann bei Wegfall der die Gefährdung des Kindes begründenden Umstände die Mutter wieder in ihre Rechte einsetzen, womit auch die Pflegschaft endigt, und sie das Erziehungsrecht zurückerlangt.

III. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter zur Zeit des Todes des Vaters, so ist wiederum folgendes zu unterscheiden.

1. Ist die Mutter geschäftsunfähig aus den Gründen des § 104 Nr. 2 und Nr. 3 (§ 1776 Abs. 1) oder ist sie auf Grund vormundschaftsgerichtlicher Feststellung auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert (§ 1777), so ist nach dem Tode des Vaters für das Kind ein Vormund zu bestellen, dem die Ausübung der Erziehungssorge mit gänzlichem Ausschluss der Mutter gebührt.

2. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit, so erhält das Kind wiederum einen Vormund; in der Stellung der Mutter tritt in bezug auf das Erziehungsrecht insofern eine Aenderung ein, als sie bei Lebzeiten ihres Ehemannes aus den Gründen des § 1678 überhaupt keinen Anteil an der Ausübung der Erziehungsgewalt hatte, während sie nach dem Tode des

[1]) Fraenkel S. 131.

Vaters neben dem Vormund eine der im § 1634 genannten analoge Stellung einnimmt (§ 1676 Abs. 2 Satz 2). Dies ist jedoch nur eine Rechtskonsequenz, deren logische Richtigkeit Verfasser selber bezweifeln muss. Denn warum sollte die Mutter nach dem Tode des Vaters zur Ausübung der Erziehungssorge geeignet sein, während sie früher hierzu unfähig war? Eine befriedigende Antwort dürfte auf diese Frage wohl schwerlich zu geben sein. Für die Praxis ist immerhin die Vorschrift des Gesetzes massgebend: für diesen Fall gebührt also der Mutter neben dem Vormund die ihr sonst gemäss § 1634 zustehende Befugnis.

3. Hat die Mutter auf Grund des § 1910 einen Pfleger für ihre Person und ihr Vermögen erhalten, so übt sie die Erziehungsgewalt neben dem Pefiger nach Analogie des § 1634 aus. (§ 1676 Abs. 2 Nebensatz 2).

Fällt der Grund des Ruhens ad 1—3 weg, so gelangt die Mutter in den Vollbesitz der elterlichen Gewalt, also auch des Erziehungsrechtes, die diesbezüglichen Befugnisse der eingeleiteten Vormundschaften und Pflegschaften treten sodann ausser Kraft.

IV. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit, so ist gleichfalls für die etwa vorhandenen Kinder ein Vormund zu bestellen, der aber neben der Mutter nur die rechtliche Stellung eines Beistandes hat (§ 1696).[1]) Die Erziehungsgewalt gebührt in diesem Falle der Mutter an erster Stelle, die entgegengesetzte Meinung des Beistandes weicht derjenigen der Mutter. Die Bevorzugung der Mutter erklärt sich aus dem natürlichen Verhältnis, das zwischen der noch nicht volljährigen Mutter und Kind besteht.[2]) Der Wirkungskreis des Beistandes erstreckt sich hier auf die Berechtigung und Verpflichtung, die Mutter bei den Erziehungshandlungen zu unterstützen und zu überwachen. Er hat dem Vormundsschaftsgericht jeden Fall, in welchem es zum Einschreiten berufen ist, unverzüglich anzuzeigen[3]) (§ 1689). In gleicher Weise übt er das Vertretungsrecht aus, von dem die Mutter ausgeschlossen ist. (§ 1696 Satz 1 Halbsatz 2.)

[1]) v. Zimmermann S. 35. [2]) Opet S. 306. [3]) Planck S. 449.

V. Abgesehen von dem eben erwähnten Falle der Minderjährigkeit der Mutter hat das Vormundschaftsgericht derselben einen Beistand zu bestellen:

1. wenn der Vater durch letztwillige Verfügung die Bestellung angeordnet hat;

2. wenn die Mutter die Bestellung beantragt;

3. wenn das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen, insbesondere wegen des Umfanges oder der Schwierigkeit der Vermögensverwaltung, oder in dem Falle des § 1666 die Bestellung im Interesse des Kindes für nötig erachtet (§ 1687). Die Stellung des Beistandes der Mutter gegenüber ist dieselbe wie unter IV, jedoch mit dem Unterschiede, dass die Mutter mit der gesetzlichen Vertretung des Kindes ausgestattet ist.[1])

VI. Die Wiederverheiratung der Mutter zieht den Verlust der elterlichen Gewalt auf Seiten der Mutter nach sich (§ 1697). — Trotzdem wohl nicht anzunehmen ist, dass durch die neue Ehe in der Regel eine Entfremdung zwischen Mutter und Kinder hervorgerufen wird, so muss doch mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass die Mutter unter den Einfluss ihres zweiten Mannes kommt,[2]) und dass hieraus unter Umständen sich eine Gleichgültigkeit der Mutter für die Interessen ihrer Kinder aus erster Ehe entwickeln könnte. Um der Hintansetzung der vaterlosen Kinder vorzubeugen, lässt das Gesetz die Fürsorge des nunmehr zu bestellenden Vormundes walten. Aus natürlichen Gründen kann jedoch der Mutter das Erziehungsrecht nicht genommen werden, vielmehr bleibt ihr dessen Ausübung, abgesehen von der Vertretung in persönlichen Angelegenheiten, die dem Wirkungskreis des Vormundes zufällt, in vollem Masse erhalten. Sie ist in erster Linie zur Leitung der Erziehung des Kindes berechtigt;[3]) der sonst das Interesse des Kindes vertretende Vormund nimmt in dieser Hinsicht die Stellung eines Beistandes ein, die ihn nicht in den Stand setzt, bei einem zwischen ihm und der Mutter des Kindes hinsichtlich der Erziehungs-

[1]) Fraenkel S. 162; Kuby S. 41. [2]) Scherer, Familienrecht S. 365.

[3]) Rechte hinsichtlich der Erziehung der Kinder aus erster Ehe erlangt der Stiefvater nicht.

frage vorkommenden Streit seine Meinung siegreich zu verfechten, nur fällt die Entscheidung über eine die Erziehungskosten betreffende Meinungsverschiedenheit zwischen Vormund und Mutter dem Vormundschaftsgericht zu.[1])

Ueber die sonstigen Rechte und Pflichten des Beistandes vgl. die Ausführungen unter IV.

Die elterliche Gewalt der Mutter findet auch dann ihr Ende, wenn die Wiederverheiratung schon vor dem 1. Januar 1900 stattgefunden hat.[2]) Es wird also auch hier ein Vormund zu bestellen sein, dem hinsichtlich der Erziehung des Kindes die vorstehend dargestellten Rechte zustehen.

Durch Auflösung der neuen Ehe erlangt die *mater binuba* die verlorene elterliche Gewalt nicht wieder.[3]) Sind aus der zweiten Ehe Kinder hervorgegangen, so erhält die zum zweiten Male verwitwete Mutter über diese, soweit sie minderjährig sind, die volle elterliche Gewalt, mithin ein unbeschränktes Erziehungsrecht.

Anhang.

A. Die Wirkungen der Adoption auf die Erziehungsgewalt.

Die Annahme an Kindes Statt durch beide Ehegatten kommt hier nicht in Betracht, weil das Kind beiden Adoptiveltern gegenüber die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes einnimmt, mithin den allgemeinen Grundsätzen über das elterliche Erziehungsrecht untersteht.

Die Annahme an Kindes Statt durch einen Ehegatten hat den Uebergang der elterlichen Gewalt über das Kind von den leiblichen Eltern auf den Annehmenden zur Folge, der somit auch die Erziehungsgewalt in der Gesamtheit ihrer Beziehungen über das Kind erlangt (§§ 1765, 1757).

---

[1]) Soergel, Rechtsprechung 1902 S. 198 § 1696 (Bayr. Oberst. Landesgericht 6. Februar 1902).

[2]) Warneyer S. 191 Anm. 2 zu § 1697. Vgl. auch Lobes Zentralblatt S. 17—19 (O.L.G. Darmstadt 13. Januar 1902).

[3]) Staudinger S. 493; Dernburg, Deutsches Familienrecht S. 271 Anm. 3.

Stirbt der Adoptivparens, so kehrt das Kind nicht unter die elterliche Gewalt seiner leiblichen Eltern zurück, sondern es erhält einen Vormund, der zugleich auch die Erziehung des Kindes übernimmt. Haben aber die leiblichen Eltern für den Unterhalt des Kindes zu sorgen, so wird ihnen das Erziehungsrecht gemäss § 1765 Abs. 2 wieder zuerkannt.[1])

Dasselbe gilt für den Fall der Verwirkung oder des Ruhens der elterlichen Gewalt des Adoptivparens wegen Geschäftsunfähigkeit oder festgestellter Behinderung. Auch hier fällt das Erziehungsrecht an die leiblichen Eltern zurück, wenn sie dem Kinde Unterhalt zu gewähren haben.[2])

Die Entziehung des Erziehungsrechts auf Grund des § 1666 hat nicht den Uebergang desselben auf die leiblichen Eltern zur Folge, weil für den Vater noch die Möglichkeit vorhanden ist, die persönliche Fürsorge wieder zu gewinnen. Für die Zwischenzeit wird mit der Erziehungsbestimmung ein Pfleger betraut, neben dem der Vater nach der Analogie des § 1634 beschränkt tätig ist.

Neben dem Adoptivvater hat dessen Ehefrau kein Recht auf die Erziehung des angenommenen Kindes, da sie nicht hinsichtlich desselben Inhaberin der elterlichen Gewalt ist. Faktisch wird ihr wohl der Ehemann die allgemeine Erziehungsleitung übertragen, ohne aber dass ihr daraus Rechte erwachsen könnten, z. B. das Recht der Herausgabe u. dgl.

Umgekehrt nimmt der Ehemann an der Erziehung des Adoptivkindes seiner Frau keinen Anteil.

Auch die uneheliche Mutter kann ihr Kind an Kindes Statt annehmen.[3]) Hierdurch erledigt sich die Notwendigkeit der Vormundschaft, die elterliche Gewalt, mithin auch das gesamte Erziehungsrecht, geht auf die Mutter über. Nach dem Tode der Adoptivmutter, oder in den sonstigen Fällen der Beendigung der Erziehungsgewalt, wird dieselbe von dem Vormund übernommen, sofern das Kind noch minderjährig ist.

Im übrigen finden bezüglich der Adoptivkinder die allgemeinen Grundsätze des Erziehungsrechts Anwendung.

---

[1]) **Kruchen S. 78; Kuhlenbeck, Kommentar S. 700.**

[2]) **Matthiass S. 365.**

[3]) **Planck S. 490.**

B. Die Erziehung legitimierter Kinder.

Die Ehelichkeitserklärung unterscheidet sich zwar dem Wesen aber nicht dem Inhalte nach von der einseitigen Adoption. Für ehelich erklärt kann nur das natürliche Kind des Vaters werden, die Annahme an Kindes Statt kann sich dagegen sowohl auf das ausserehelliche Kind als auch — und dies bildet die Regel — auf ein fremdes Kind erstrecken. Der Mutter ist die Ehelichkeitserklärung verschlossen,[1]) Annahme an Kindes Statt nicht.

Wenn man daher von dem Erziehungsrechte hinsichtlich des durch die Ehelichkeitserklärung legitimierten Kindes spricht, so kann nur dieses Recht in bezug auf den natürlichen Vater, nicht aber auf die uneheliche Mutter in Betracht kommen.

Durch die Ehelichkeitserklärung erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (§ 1736) dem Vater, nicht aber der Mutter gegenüber. Hieraus folgt, dass der Vater das Erziehungsrecht allein ohne die mitwirkende Tätigkeit seiner Ehefrau, wie im Falle des § 1634 ausübt; die Erziehungssorge der leiblichen (unehelichen) Mutter des nunmehr legitimierten Kindes hört dagegen auf (§ 1738); sie tritt jedoch wieder ein, wenn für den Fall der Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters oder des Ruhens derselben infolge eingetretener Geschäftsunfähigkeit oder festgestellter tatsächlicher Behinderung nach § 1677 der Mutter die Unterhaltspflicht obliegt. Die Stellung der Mutter dem Vormunde gegenüber, welcher an Stelle des Vaters tritt, ist dieselbe, wie vor erfolgter Ehelichkeitserklärung des Kindes. Darüber weiter unten.

Ruht die elterliche Gewalt wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Vaters, oder erhält dieser wegen Gebrechlichkeit einen Pfleger, so lebt das Erziehungsrecht der unehelichen Mutter nicht wieder auf, weil der Vater in der Erziehungsgewalt neben den Pfleger tritt, mithin für ein diesbezügliches Recht der Mutter kein Raum mehr bleibt.[2])

---

[1]) Hallbauer S. 19. [2]) Planck S. 489.

Ist dem Vater das Erziehungsrecht gemäss § 1666 entzogen, so erlangt die Mutter dieses nicht wieder, weil dadurch der Vater seine elterliche Gewalt noch nicht eingebüsst hat, vielmehr dieselbe bei Wegfall der die Entziehung herbeiführenden Umstände in vollem Umfange wiederhergestellt werden kann.

C. Die Erziehung unehelicher Kinder.[1])

Trotzdem der Mutter nicht die elterliche Gewalt über ihr uneheliches Kind zusteht, so ist es in der Natur der Sache selbst begründet, dass ihr wenigstens die Leitung der Erziehung ihres Kindes anvertraut werde. Dieses Recht wird ihr auch, allerdings aber nur in beschränkter Weise, eingeräumt. Sie unterliegt nämlich der ständigen Aufsicht des Vormundes, der jedoch ihr gegenüber nur die Stellung eines Beistandes einnimmt.[2]) In dieser Hinsicht erstreckt sich ihr Wirkungskreis auf dasselbe Gebiet, innerhalb dessen die minderjährige eheliche Mutter, der wegen fehlender elterlichen Gewalt des Vaters sonst das Erziehungsrecht allein zustehen müsste, tätig ist. Es genügt daher, um eine nochmalige Darstellung des ihr zukommenden Erziehungsrechts zu vermeiden, auf die Ausführungen unter B IV Teil II des 2. Abschnittes hinzuweisen.

Die Stellung der unehelichen Mutter unterscheidet sich jedoch von derjenigen der minderjährigen ehelichen Mutter in einer doppelten Hinsicht:

1. Die uneheliche Mutter kann zum Vormunde über ihr uneheliches Kind bestellt werden[3]) und auf diese Weise, wenn auch nicht die elterliche Gewalt, so doch das volle, unbeschränkte Erziehungsrecht über ihr uneheliches Kind erlangen.

---

[1]) Vgl. dazu Motive IV S. 863.

[2]) Die Klage auf Herausgabe des Kindes ist nicht Ausfluss der gesetzlichen Vertretung, sondern des Erziehungsrechtes selbst. Mithin ist die uneheliche Mutter befugt, bei einer diesbezüglichen Klage selbständig als Klägerin aufzutreten; Warneyer S. 192 Anm. 1 zu § 1707 (L.G. Hamburg 14. Juni 1900).

[3]) Planck S. 460.

2. Die Mutter kann sogar die Rechte aus der vollen elterlichen Gewalt erwerben, wenn sie ihr uneheliches Kind adoptiert. Die Adoption des eigenen unehelichen Kindes erachtet Scherer sogar für eine heilige Pflicht.[1]) Da das B.G.B. in dem Institut der Annahme an Kindes Statt ein Mittel dafür erblickt, um dem Angenommenen die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden zu verschaffen,[2]) so erübrigt sich auf diese Weise zugleich das Postulat Zródłowskis,[3]) welcher die elterliche Gewalt von vornherein der Mutter eingeräumt wissen will. Die Interessen des Kindes sprechen dafür, der Mutter die volle elterliche Gewalt grundsätzlich abzusprechen.[4]) Das Gesetz schliesst jedoch, wenn die Mutter eine genügende Handhabe für ihre Tauglichkeit bietet und die Wahrscheinlichkeit einer gewissenhaften Pflichterfüllung in ihrer Person vermuten lässt, die Möglichkeit nicht aus, ihr durch einen Rechtsakt die ihr sonst von Natur aus gebührenden Rechte zu verleihen. Dieser Zweck wird, wenn auch auf dem umständlichen Wege der Annahme an Kindes Statt, völlig erreicht. Wenn sich daher die Mutter dessen fähig zeigt und würdig erweist, so kann auch ihr die sonst so wichtige Erziehungssorge in vollem Masse überlassen werden, denn auch sie soll, ohne dass an ihrer Leibesfrucht ein Makel hängen bleibe, an der so hehren Aufgabe, der Allgemeinheit einen nützlichen Bürger und dem Vaterlande einen tüchtigen und opferwilligen Verteidiger zuzuführen, teilnehmen dürfen.

---

[1]) Scherer, Familienrecht S. 399.
[2]) Planck S. 490. [3]) Zródłowski S. 38.
[4]) Vgl. darüber Motive IV S. 860 ff.